BULLETTINO
DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XIX

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

presso la Facoltà Giuridica

della R. Università

1907

LIBRARY
APR - 7 1969
UNIVERSITY OF TORONTO

K
9
S95
anno 18

'DEPOSITUM VEL COMMODATUM'

Contributo alla teoria delle interpolazioni

È stato osservato che la storia del contratto di commodato si svolse nella giurisprudenza romana parallelamente a quella del contratto di deposito; e si è aggiunto anzi che 'l' una è così connessa con l' altra da potersi dalle vicende dell' un contratto arguire a quelle dell' altro' [1]).

L' osservazione contiene alcunchè di vero e di rispondente allo svolgimento che la dottrina delle due figure contrattuali ebbe nel diritto romano. Ma errerebbe chi pretendesse d' assumerla come base per una ricostruzione critica dei due istituti, perocchè a chi ben guardi essi si presentano sorti e, nel corso della loro evoluzione, disviluppati in modo affatto indipendente ed autonomo, se se ne eccettuino alcuni pochi punti di contatto, i quali valsero a far riavvicinare le due figure sì da mostrare siccome intimo e sostanziale quel nesso che non era se non esteriore e formale. Possono infatti esse credersi fin dall' origine loro apparse congiunte, poichè unico è il substrato su cui poggiano, la consegna di una cosa ad un terzo per un fine determinato, con l'obbligo nell' accipiente di conservarla integra e di restituirla quando il fine sia stato conseguito [2]): al che potrebbe supporsi che

[1]) Ferrini, *Storia e teoria del contratto di commodato nel dir. rom.* in *Arch. giur.*, vol. 52, p. 469 sgg.; vol. 53, p. 41 sgg.; p. 257 sgg. Vedi p. 14 dell' estratto, secondo il quale citerò.

[2]) È questo precisamente l'elemento che tutti gli scrittori assumono siccome il fondamentale e comune non solo a questi due, ma anche al contratto di pegno, e che viene da essi posto in evidenza in una trattazione preliminare che sogliono premettere alla esposizione delle norme particolari a ciascun istituto. Così fanno ad es. il Ferrini, *Pand.*, p. 669 § 534; il Girard, *Manuel*,[4] p. 254-257; il Karlowa,

faccia riscontro la simiglianza della denominazione, che nei tempi più antichi e nel linguaggio popolare fu data ai due istituti '*utendum dare*' '*servandum dare*', fin quando non ebbero predominio i due termini '*commodare*' e '*deponere*', senza che peraltro quei primi scomparissero del tutto dall' uso [1]). E può anche immaginarsi che il loro apparire nell'organismo degli istituti giuridici sia stato simultaneo [2]), sebbene non molto antico a quel che pare [3]). Un motivo che più degli altri deve sospingere a supporre una stretta parentela è fornito da Gaio (IV, 47) là dove egli ci parla della doppia formula in factum e in ius e i soli rapporti che menziona, siccome quelli in cui la doppia formula trovava applicazione, sono quelli di deposito e di commodato. Il passo di lui sembra anzi accennare ad un processo d'imitazione ('*similiter* etiam commodati formulae sunt'), che indurrebbe ad immaginar le formule in factum e in ius del commodato sorte e conformatesi sullo schema delle corrispondenti formule del deposito [4]). Ed è di certo eloquente, a questo riguardo, la circostanza che, dove ci è dato scoprire l'ordine seguìto dai giureconsulti nei loro commentari all'editto, si può constatare com'essi ne seguano uno stesso e mostrino d'inspirarsi a criteri analoghi nello studio e nelle illustrazioni delle formule edittali: perocchè è sempre il commento alla formula in factum quello che precede tanto nell'uno

röm. Rechtsgesch., II, p. 591 sgg. e p. 601 sgg.; il WENDT, *Pand.*, p. 591 sgg. § 246; il BERTOLINI, *Appunti didattici di dir. rom.*, p. 242-252; il COSTA, *St. del dir. rom.*, II, p. 265 sgg., ecc. Ma nell'aggruppamento di questi col mutuo, per formarne la categoria complessiva dei contratti reali, non ha avuto influenza, come bene osserva il PERNICE, *Parerga* nella *Savigny-Stiftung*, IX, p. 226, il concetto dell'affidarsi la cosa a un altro per un certo tempo; sibbene il fatto concreto del dare e dell'accipere, nel quale soltanto è da scorgere il motivo decisivo dell'aggruppamento stesso.

[1]) L'ipotesi del KARLOWA, *röm. Rechtsgesch.* II, p. 601 sgg., che le due espressioni '*utendum, servandum dare*' costituissero originariamente la denominazione tecnica dei due istituti e sieno state abbandonate quando accanto alla formula *in ius* sarebbe stata introdotta quella *in factum*, è vigorosamente combattuta dal FERRINI, *Commodato*, p. 17 sgg., al quale rimando per la illustrazione del loro significato e per le considerazioni che possono farsi circa il momento e il modo in cui la sostituzione avvenne.

[2]) GIRARD, *Manuel* [4], p. 526 n. 4; cfr. KARLOWA, loc. cit.

[3]) Cfr. FERRINI, op. cit., p. 15.

[4]) Per ricostruirle noi siamo bene autorizzati da Gaio a foggiarle su quello schema, siccome ha fatto ad es. per la formula in factum del commodato il LENEL, *Édit* I, p. 292, salve beninteso le debite modificazioni; cfr. p. 291 n. 8.

quanto nell' altro rapporto; mentre sussegue il commento alla formula in ius [1]).

Lo stesso Gaio più d' una volta richiama insieme le due figure, sicchè par che nella sua mente l' una non si presenti disgiunta dall' altra. Così quando si tratta d' illustrar la regola sulla falsa demonstratio (IV, 59), egli dopo aver enunciato il principio (IV, 58) ed aver addotto un esempio in materia di compravendita, prosegue dicendo che la stessa norma si osserva anche nelle altre azioni e come ulteriori esempi adduce il deposito e il commodato ('sed si is, qui unum emerit, de duobus egerit, falsum demonstrat. *idem et in aliis actionibus est, velut commodati et depositi*'). Altrove è il concetto della usucapio e la sua applicazione alle cose furtive quello che gli richiama insieme le due figure (II, 50: 'nam si heres *rem defuncto commodatam* aut locatam vel *apud eum depositam* existimans eam esse hereditariam, vendiderit aut donaverit, furtum non committit'). E ancora allo stesso abbinamento egli è indotto, quando si tratta di illustrar l' istituto del possesso e di fornire esempi di possesso tenuto per mezzo d' altri (IV, 153: 'per eos quoque, *apud quos deposuerimus aut quibus commodaverimus* aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur').

Nè sono soltanto le analogie che costituiscono il motivo dell'avvicinamento, ma spesso le differenze: perocchè enunciata una norma per l' un dei due tipi di contratto, egli sente il bisogno di avvertire che quella regola non vale per l' altro, o che a dirittura ve n'ha una affatto opposta. Gli accade ciò quando parla del furto d'uso commesso dal depositario e dal commodatario (III, 196: 'Si quis *re quae apud eum deposita sit*, utatur, furtum committit; et si quis *utendam rem acceperit* eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur'); al che fa subito seguire la norma diversa professata dagli antichi circa la buona fede del commodatario (III, 197: 'Placuit tamen eos, qui *rebus commodatis* aliter uterentur, quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere'); ovvero quando ragiona della custodia, poichè qui gli si fanno innanzi i diversi limiti di responsabilità che la giurisprudenza fissava per

[1]) Ciò si può ad es. ben constatare in Ulpiano: commodato, l. 28 ad ed., ad form. in factum LENEL *Paling.* 799-801, ad form. in ius 802; deposito, l. 30 ad ed., ad form. in factum 890-894, ad form. in ius (?) 895. Cfr. LENEL, *Edict.* I. p. 291; II, p. 2.

l'uno e per l'altro rapporto giuridico (III, 206: 'Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, *cui rem commodaverimus*. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare'; III, 207: 'sed is, *apud quem res deposita est*, custodiam non praestat') [1]).

Queste ed altre rassomiglianze o differenze notate dai giureconsulti fanno sorgere l'idea, che data l'analogia del fondamento e di alcuni degli estremi essenziali dei due rapporti, lo svolgimento loro abbia potuto avvenire parallelamente; che una regola nata per l'uno sia stata poi adattata all'altro istituto; che talvolta la norma siasi simultaneamente conformata per ambedue i contratti. Quando infatti si considerino nella compilazione giustinianea i numerosi luoghi in cui alcune regole speciali e casi particolari sono configurati ad uno stesso modo per l'uno e l'altro rapporto, sino al punto che uno stesso quesito vien posto tanto per le cose depositate quanto per quelle commodate, e la soluzione adottata è comune, la congettura si appalesa fondata. E la rafforzerebbero altri indizi, che a prima giunta si addimostrano di non lieve valore. Mantenendoci sempre nel campo delle fonti antegiustinianee, troviamo che in Paolo un unico titolo delle *Sententiae* (2, 4) è destinato alla trattazione del deposito e del commodato, unitamente alla materia del pegno e della fiducia. Più notevole ancora è la testimonianza di Modestino. Nella sua opera sulle 'differentiae' un titolo speciale del secondo libro è dedicato alle differenze tra il commodato e il deposito. Egli vi nota il diverso limite di responsabilità e mostra di fondare tale diversità sul criterio della *utilitas*, che è *utriusque contrahentis* nel commodato, soltanto del deponente nell'altro contratto (Coll. 10, 2, 1); le diverse conseguenze della condanna, per cui la presenza o meno dell'infamia è ricondotta al criterio del diverso grado di responsabilità, il dolo nel deposito, la colpa nel commodato (Coll. 10, 2, 4), mentre poi la condanna in questo è sempre al *simplum*, in quello talvolta al *duplum* (Coll. 10, 2, 7); la spettanza al depositario del diritto al rimborso degli alimenti somministrati al servo depositato, ciò che non accade nel commodato (Coll. 10, 2, 5); la spettanza dell'a. furti al commodatario.

[1]) Cfr. i passi corrispondenti nelle istituzioni giustinianee: § 16 (18) a § 17 (19) I. 4. 1.

mentre nel deposito essa compete soltanto al dominus (Coll. 10, 2, 6). L'insistere così sulle differenze, raccogliendole e commentandole, come fa Modestino, è indice appunto delle condizioni in cui s'era sin lì svolta la dottrina, perocchè a notar le differenze non si può essere indotti se non quando appunto molte sieno le analogie e di queste siasi fatto largo uso nella costruzione del dogma.

Senza paragone più copioso è il materiale che si può, in questo indirizzo, raccogliere nelle fonti giustinianee. Oltre ai numerosissimi passi che più innanzi ricorderò e nei quali l'abbinamento dei due contratti è fatto con la formula più semplice (*depositum et* (*vel*) *commodatum, res commodata et* (*vel*) *deposita* e simili), ve n'hanno moltissimi altri che accolgono insieme i due tipi di rapporto o per applicare ad ambedue uno stesso principio o per addurli ad esemplificazione d'una norma precedentemente fissata o per rilevare un'accidentale o sostanziale differenza di trattamento. Si confrontino, ad es., i fr. 5 § 2. 3 D. 13. 6 ('nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur... commodatum plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur'); fr. 23 D. 50. 17 e 5 § 2 cit. ('dolum tantum [recipit] depositum... dolum et culpam commodatum'); fr. 19 D. 13. 6 ('ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria datum non pertinere'); fr. 62 (61) § 5. 6 D. 47. 2 ('et similiter eius qui deponat, quod non fuerit. diligentior circa monendum, qualem servum deponeret. Circa commodatum ... aliud existimandum'); fr. 13 § 1 D. 40. 12 ('res alienas, quae nostro periculo sunt... veluti commodatas... depositae apud nos res, quia nostro periculo non sunt'); l. 39 § 1. D. 34. 2 ('nec quod depositum nec quod commodatum reliquisset argentum legatum videri') etc.

Ma fino a qual segno questi indizi esteriori corrispondono ad un reale movimento parallelo ed analogico dei due istituti? E quanto della intima storia di ciascun dei due ci può essere rivelato da ciò che per avventura noi conosciamo di quella dell'altro? Entro quali limiti insomma la dogmatica e la critica storica possono giovarsi di codesto affermato parallelismo? È questo il problema che s'affaccia a chi voglia tentare la ricostruzione della dottrina classica del contratto di deposito [1]); dappoichè appunto le frequenti analogie, che le fonti

[1]) Appunto da questo studio, che avevo impreso, sono scaturite le presenti note preliminari. La storia e la dogmatica del contratto di commodato sono state già

mettono in evidenza, sospingono fortemente a cercare nella storia dell' altro istituto ciò che in questo manca o apparisce oscuro: e predispongono a percorrere una via, che io stimo pericolosa, potendo agevolmente condurre a risultati del tutto falsi.

Il momento in cui i due istituti ci appariscono strettamente avvicinati è senza dubbio quello della compilazione. Quivi essi prendon posto l' uno accanto all' altro nella categoria delle *obligationes quae re contrahuntur* (§ 2. 3 I. 3. 14)[1]: quivi vengono insieme enumerati tra le *actiones bonae fidei* (§ 28. I. 4. 6). Ma se si risale indietro, e più ancora, se si rimonta alle prime origini, il quadro si presenta del tutto diverso.

L' indizio più sicuro che l' origine e lo sviluppo primo delle due figure fu totalmente diverso ed avvenne in modo affatto indipendente è dato (a parte la profonda diversità della destinazione economica, rispondente a bisogni sociali diversissimi) dalla sede che nell' albo pretorio prendono i due rapporti. Entra nel titolo *de rebus creditis* il commodato, in quello *de bonae fidei iudiciis* il deposito.[2] E perchè mai il secondo non prende posto accanto al primo tra le *res creditae*? O viceversa il primo accanto al secondo, tra i giudizii di buona fede? Non è dunque l' affidare la cosa all'altrui custodia un *credere* al pari del concederla in uso, se il titolo rerum creditarum 'complectitur', come scrive Ulpiano l. 1 § 1 D. 12. 1, 'omnes contractus quos alie-

egregiamente disegnate dal Ferrini coll'opera succitata, nè credo possano sostanzialmente più modificarsi.

[1]) Non, beninteso, per la prima volta: ma vi prendono assetto definitivo nel sistema generale, di cui peraltro lo schema è pur sempre disputato quanto sia antico. È certo sintomatico il fatto da tutti rilevato, ma che finora non ha ricevuto a mio avviso adeguata spiegazione, che Gaio ci presenti nelle *res cottidianae* raccolti insieme i quattro tipi classici di contratto reale, mutuo, deposito, commodato e pegno (l. 1 pr. - § 6 D. 44, 7, Lenel, *Paling.*, Gaio, 498), mentre nelle Istituzioni (III, 90-91) sotto tale categoria non ricorda che il mutuo, cui aggiunge la condictio indebiti, per avvertir però subito dopo che per questa non si tratta di un'obbligazione da contratto. È lo schema delle Istituzioni più antico, quello delle res cottidianae più recente e più progredito? Lo crede il Krüger, *Quellen des röm. Rechts*, p. 189, n. 45 e p. 190, non il Pernice, *Savigny-Stiftung*, IX, p. 221, n. 1. O v'eran più sistemi che, inspirandosi a concetti diversi, davano luogo a schemi ed aggruppamenti diversi?

Cfr. Pernice, *op. cit.*, p. 224; v. anche Cuq, *Instit. jur.*, II, p. 380, n. 3 e Bertolini, *App. did.*, p. 245, n. 4.

[2]) Cfr. Lenel, *Edit.* I, p. 43, 45, 291; II, p. 1.

nam fidem secuti instituimus?' E non è il commodato, al pari del deposito, un giudizio di buona fede? [1]).

Il primo riconoscimento adunque che delle rispettive azioni vien fatto dal pretore accade in modo, da non far punto pensare ad un riconoscimento contemporaneo. E questo posto, così diverso che fa annoverare tra le res creditae la cosa commodata e non quella depositata, tra i giudizi di buona fede il deposito e non il commodato che pur certamente fu tale, essi conserveranno sempre nei commentari all'editto e nelle ulteriori elaborazioni sistematiche sia dei giureconsulti [2]) sia dei compilatori [3]).

Nè l'apparire della formula in ius concepta ci risulta in alcun modo che sia stato contemporaneo pei due istituti o sorto in forza d'un identico processo di formazione. Che la formula in factum abbia preceduto e di molto quella in ius, ch'essa sia stata la più importante, anzi quella intorno a cui si operò quasi tutto lo svolgimento dei due istituti, è cosa di cui ormai più non si dubita [4]); nè è qui

[1]) Si veda su questo punto e sulle ragioni che avrebbero indotto il pretore a separar così il deposito dal commodato e dal pegno, il PERNICE, *op. cit.*, p. 230-232. Egli troverebbe la ragione della diversa assegnazione di posto in ciò che nell'a. depositi (come nell'a. fiduciae che nell'albo le si accoppia) i Romani non vedono già un'azione diretta a dare esecuzione ad una convenzione di restituir la cosa osservando la fides; l'azione ha semplicemente a suo fondamento il fatto che un altro ha nelle sue mani la cosa e sorge in quanto costui non si contiene rispetto ad essa, col non restituirla, come s'addice ad un uomo onesto.

[2]) Si veda infatti nella *Palingenesia* la disposizione della materia presso i singoli giureconsulti, come Celso (digest. lib. 6, *comm.* 60; lib. 7, *dep.* 64); Gaio (ad ed. pr. lib. 9, *comm.* 208; *dep.* 230); Giuliano (digest. lib. 11, *comm.* 170-172; lib. 13, *dep.* 209-219); Labeone (ad ed. praet., *comm.* 78-80; *dep.* 94); Marcello (digest. lib. 5, *comm.* 46; lib. 6, *dep.* 58-60); Papiniano (quaest. lib. 8, *comm.* 151-153; lib. 9, *dep.* 166-167); Paolo (ad ed. lib. 29, *comm.* 444-446; lib. 31, *dep.* 478-480); Pomponio (ad ed. *comm.* 116-117; *dep.* 131-132); Ulpiano (ad ed. lib. 28, *comm.* 798-807; lib. 30, *dep.* 885-900).

[3]) Si consideri la reciproca posizione che mantengono i due istituti nel digesto (*comm.* 13, 6; *dep.* 16, 3) e nel codice giustinianeo (*comm.* 4. 23; *dep.* 4. 34) (i codici Gregoriano ed Ermogeniano ci conservano solo un titolo de deposito [4. 3; 13], mentre il Teodosiano non ha neppure questo); di fronte ai quali è singolarmente notevole l'ordinamento dei Basilici che avvicinano i due istituti sì da riunirli in uno stesso libro (l. 13, tit. 1: περὶ τῆς ἐναγωγῆς τῆς κατὰ τοῦ κιχρωμένου καὶ τοῦ κιχρῶντος; tit. 2. περὶ παρακαταθήκης καὶ τῆς κινουμένης ἀγωγῆς κατὰ τοῦ παραθήκην λαβόντος). Ed i due titoli formano insieme ed esauriscono il libro 13. Deve ravvisarsi anche qui un indice di quella tendenza dei bizantini ad aggruppare i due istituti, della quale dirò tra breve?

[4]) Cfr. LENEL, *Édit.* l. c; FERRINI, *Commodato*, p. 14; GIRARD, *Manuel* [4], p. 525 n. 2.

d' uopo ricordare le ragioni per le quali l' una seguì l' altra, e, sorta quella più larga e comprensiva in ius, non si sia per ciò abbandonato punto la prima. I commentari all' editto, presentandoci uno sviluppo pressochè analogo per ciascuna specie delle due formule nei due istituti, ci potrebbero far credere ch' esse sieno parallelamente sorte. Ma se per la formula in factum la questione circa il tempo e il modo in cui essa si formò rispettivamente nel deposito e nel commodato deve esser lasciata insoluta [1]), per la successiva non mancano forse elementi, i quali possono far ritenere sorta in tempi diversi e in modo differente quella in ius. Tale questione si riannoda all' altra circa il momento in cui i due giudizi di deposito e di commodato divennero di buona fede. Gaio (IV, 47) ci attesta pel deposito la esistenza di una formula *in ius ex fide bona*; e parla pure di formule *similmente* conformate pel commodato. Ma non si deve dimenticare che là dove egli elenca i giudizi di buona fede, dei due nostri giudizi il solo che vi comparisce è il deposito (IV, 62). La cosa è sembrata a più d' uno strana e inconciliabile con la dottrina che lo stesso Gaio professa, ammettendosi generalmente che già al tempo suo ambedue le azioni erano di buona fede. V'ha anzi chi, come il Karlowa [2]), è disposto a trovar tale carattere in questi giudizi riconosciuto fin dal tempo di Cicerone. Ma quanto a Cicerone, siano tassativi o pur no gli elenchi dei giudizi di b. f. dati da Q. Mucio e da lui (*de off.* 3. 17. 70; cfr. *Top.* 10, 42 e 17, 66; *de nat. deor.*, 3, 30, 74), certo è che in essi nè l'uno nè l' altro compariscono; ed è esauriente la dimostrazione data dal Ferrini della impossibilità che al tempo di lui quel carattere fosse stato riconosciuto [3]). Quanto a Gaio, si è cercato di spiegare il fenomeno, strano invero, del suo silenzio intorno all'azione di commodato, e si è fatto ricorso alla congettura di una scorrezione del ms, immaginando che la menzione del commodato vi manchi per effetto di svista dello scriba [4]). Senonchè nè a questa congettura è fornita alcuna solida base all' infuori della notata contraddizione, che io peraltro confesso di non saper spiegare; nè si distrugge la testimonianza contraria

[1]) Cfr. Ferrini, *op. cit.* p. 15; Girard, *op. cit.*, p. 526 n. 3.

[2]) *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 602-603.

[3]) *Commodato*, p. 13.

[4]) Si accontenta di tale spiegazione ad esempio il Girard, *Manuel*[4], p. 1013, n. 6.

che è data dall'editto, la classificazione cioè del deposito e non del commodato tra i giudizi di buona fede.

Certa cosa è che le due azioni solamente più tardi compariscono insieme nel novero dei *iudicia b. f.* (cfr. ad es. l. 38 pr. D. 17, 2; § 28 I. 4. 6); e che invece le istituzioni gaiane collimano in questo punto perfettamente coll'ordine che alla materia assegna l'editto. Il quale pertanto, allorchè le due azioni vi furono ammesse e colla sanzione pretoria riconosciute assursero a dignità di contratto da rapporti di mero fatto riposanti su semplici convenzioni com'erano prima, non doveva conoscere che il solo deposito come rapporto di buona fede.

La stessa considerazione deve farsi, s'io non m'inganno, in ordine alle *actiones contrariae*. Ch'esse sien sorte dopo le *directae* e relativamente tardi, non si discute [1]). Ma pur qui si accenna ad un apparir di esse contemporaneo pei due giudizi, come per le dirette. Ora è assai più verisimile che il primo bisogno d'una azione contraria (trasformazione probabilmente di altri primitivi mezzi di difesa, come eccezioni e diritto di ritenzione) sia sorto nella sede di quel rapporto, che come il deposito pone tutti a carico d'una delle due parti gli oneri senza che alcun vantaggio egli ne tragga; e forse qui operò più il processo di imitazione, sicchè da questo rapporto può congetturarsi trasportato nell'altro il diritto ad una eventuale controprestazione.

Alle cose accennate fin qui e particolarmente alla osservazione circa la diversa sede dei due istituti sembra far grande contrasto quel titolo delle *Sententiae* di Paolo, ove il deposito e il commodato sono accolti insieme in unica trattazione col pegno e con la fiducia ('*de commodato et deposito* [*item de*] *pignore fiduciave*'). Ma più considerazioni dissuadono dal dar soverchio peso a tale testimonianza. Il trovar riuniti insieme i primi tre con la fiducia, può infatti bene essere spiegato, quando si pensi alla comunanza di scopi che corre tra quelli e questa, potendo, com'è noto, la fiducia esser contratta (cum amico o cum creditore) per raggiungere gli stessi fini cui mirano i contratti di deposito, di commodato e di pegno. Laonde ben qui il raggruppamento può essersi fatto da Paolo con l'intento di presentare insieme tutto il gruppo di rapporti contrattuali, che con la fiducia

[1]) Cfr. PERNICE, *Labeo*, 2, 1, p. 258; 2, 2, p. 222 sgg.; FERRINI, *Commodato*, p. 15.

più avevano affinità per la destinazione economica. Ma chi segue lo svolgimento che al titolo così ampio è dato dal giureconsulto vien subito disingannato e colpito dalla non rispondenza della materia svolta al titolo stesso. Il breve titolo 4 infatti non contiene che la materia del commodato; e ad essa pare certo esclusivamente destinato, perocchè nè al deposito, nè al pegno, nè alla fiducia si fa il più piccolo accenno. Ch' egli quivi non ne parlasse affatto è anzi provato luminosamente dalla presenza di altri tre titoli speciali dedicati anch' essi esclusivamente l' uno al pegno, l' altro al deposito, il terzo alla fiducia. Che se il pegno v' è trattato subito dopo (tit. 5: 'de pignoribus'), si deve giungere al tit. 12 ('de deposito'), per trovar la materia del deposito, e al 13 ('de lege commissoria') per trovar quella della fiducia, dopo che vi sono state trattate in mezzo materie diversissime ('de exercitoribus', 'ad l. Rhodiam', 'de institoribus', 'de in rem verso, 'de S C. Maced.', 'ad S C. Vell.'). La presenza di un titolo speciale pel deposito, non cumulato cogli altri istituti, è attestata inoltre anche dalla Coll. 10, 7: 'Paulus libro secundo sententiarum sub titulo de deposito'. Nè l'ordine, con cui i tit. 4, 5, 12, 13 si susseguono, corrisponde punto a quello della rubrica più comprensiva premessa al titolo 4. Ora, poichè l' aggruppamento in questo enunciato corrisponde così poco, è anzi così apertamente contrario al modo con cui la materia è trattata, quella speciale intestazione del titolo perde tutta o quasi la sua importanza.

La testimonianza di Modestino, dall'altro canto, è men grave di quella che può parere. Già si tratta del più tardo tra i giureconsulti classici, sicchè al momento in cui egli scrive lo svolgimento delle due teorie può dirsi del tutto compiuto. Comincia d' ora innanzi quel lavorìo di infiltramento delle dottrine elleniche, e quell' influsso delle tendenze scolastiche che dovranno spingere alle classificazioni, ai raggruppamenti, alle costruzioni sistematiche di scuola, donde usciron fuori per l' appunto le nuove categorie di giudizi di buona fede, di contratti reali e così via. Ma lo stesso contenuto dello scritto modestiniano[1]) indica chiaramente, col porre in rilievo differenze esteriori e il più delle volte non riconducibili ad un nesso intimo e sostanziale, che le analogie erano appunto esteriori ed evidentemente notate

[1]) Non gioverebbe leggere nel titolo 'deposito et commodato' *commendato* invece di commodato: sono proprio i due istituti che Modestino vi studia.

per uso della scuola e con fini che probabilmente non andavano oltre quello di colpire mere accidentali rassomiglianze.

È in sostanza lo stesso fenomeno che si verifica per altri accoppiamenti: come quando or con l'uno or con l'altro dei nostri due contratti or con entrambi si ricordano insieme il pegno, o la locazione, o altre figure contrattuali [1]), che meno assai del primo possono immaginarsi svolte in modo uniforme ed analogico.

Codeste rassomiglianze, che sono ora la consegna di una cosa coll'obbligo di restituirla, ora la gratuità, ora la natura del possesso, portano sovente i giureconsulti a raggruppare i due istituti ora col pegno, colla fiducia, colla locazione, ora col mutuo e col mandato, ora col pegno e con la locazione e così via.

E così accade che più se ne trovino per il deposito e il commodato, e più numerosi sono infatti i testi a queste due figure relativi. Quando le rassomiglianze sieno frutto di un posteriore avvicinamento dei due istituti, per la medesimezza di alcuni tra i requisiti essenziali, quando invece sieno il prodotto di quel processo d'imitazione e di estensione analogica, io non intendo qui ricercare. Il còmpito è malagevole e talvolta forse impossibile, perchè sovente sfugge, nascosto com'è nel buio delle prime concezioni e dei più remoti assoggettamenti del rapporto di fatto alla disciplina giuridica, il primo comparir della norma. Forse nel più dei casi non è dato in alcun modo poter decidere in quale dei due campi la regola sia nata e da quale dei due sia poi stata attratta. Molto operò indubbiamente l'analogia, precipuamente nell'ulteriore e più largo sviluppo delle dottrine; ma è pur certo che più d'uno degli abbinamenti, quali oggi figurano nei testi, non rimontano alla giurisprudenza classica.

È mio intendimento qui additare alcuni tra i testi contenenti l'abbinamento, che non possono assegnarsi agli scrittori classici. Ciò

[1]) V. ad es. i fr. 9 § 1 D. 6, 2; 33 § 4 D. 41, 3; 8 § 7 D. 34, 3 per la serie pegno commodato deposito; i fr. 2 § 1 D. 41, 5; 9 § 5 D. 41, 1; 30 § 6 D. 41, 2; 1 § 33 D. 43, 16; 2 D. 43, 32; 50 D. 2, 14 per la serie locazione deposito pegno; il fr. 18 § 1 D. 5. 1 pel deposito mandato mutuo, ecc. Serie più complesse abbracciano deposito commodato pegno e locazione, l. 1 § 33 D. 43. 16; deposito commodato mandato tutela neg. gestio, l. 12 D. 44. 7; a. depositi, commodati, iniuriarum, quod vi aut clam, l. 9 D. 44. 7; pegno deposito precario vendita locazione, l. 45 D. 50. 17; commodato mandato vendita pegno locazione datio dotis tutela neg. gestio, l. 23 D. 50. 17; e così via.

ci condurrà a rilevare un non piccolo numero d' interessanti interpolazioni, delle quali se alcuna non produrrà modificazioni nella dogmatica dei due contratti, altre potranno esser guida - rettificato che sia il testo - a ricostruir più rigorosamente le dottrine dei classici. Quanto meno, l' indagine ci rivelerà, s' io non m' inganno, una tendenza dei compilatori ad avvicinare i due istituti (particolare applicazione di quella a generalizzare già luminosamente in altri campi dimostrata), che li condusse alle enumerazioni ed agli elenchi, spesso inopportuni, talvolta erronei, di figure giuridiche più o meno omogenee e similari, dove completi, dove monchi e disordinati, ma sempre costruiti per ricondurre sotto una medesima norma categorie intere di rapporti e far luogo così a quelle classificazioni, che più tardi dovevansi credere tutta opera delle scuole classiche. E, in ogni ipotesi, gioverà a porre in guardia chi si faccia troppo colpire dalle frequenti parificazioni che nelle fonti si fanno tra i due istituti, mostrando come forse una buona metà dei testi relativi non sono opera della giurisprudenza classica.

Esaminando i testi accolti nella compilazione, ov' è fatta menzione dei due contratti, colpisce una lunga serie di frammenti che contengono l' abbinamento delle due figure espresso con le frasi ' depositum vel commodatum ', ' res commodata vel deposita ' e simili. Di questa, un certo numero nulla presenta nella sostanza o nella forma che possa far dubitare della genuinità del passo: essi son quindi da ritenere espressione del puro pensiero classico, che, come ho detto, non rifuggì dall'aggruppamento e se ne avvalse anzi talora utilmente, sempre usandone però con discrezione.

La messe più ricca di siffatti testi si ha nella materia del possesso. Il deposito e il commodato infatti danno luogo ambedue alla mera detenzione ed i giureconsulti sogliono richiamarli insieme, talvolta unitamente alla locazione, essendo questi i tre casi tipici della naturalis possessio. E di possessio naturalis parlano, come ha ben dimostrato il Bonfante [1]) seguìto dagli altri [2]), in un doppio senso, desi-

[1]) *La possessio civilis e naturalis* in *Riv. it. per le sc. giur.*, XVI, 1894, p. 161 sgg.

[2]) Cfr. ad es. FERRINI, *Pand.*, p. 309 sgg.; v. anche PEROZZI, *Ist.*, I, p. 552.

gnando con essa talora il possesso in genere in contrapposto alla *civilis possessio*, talora la mera detenzione in contrapposto alla vera *possessio*.

A quest' ultima significazione si riferisce appunto la

l. 38 § 10 D. 22. 1. *Paul. 6 ad Plaut.*

Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet, videamus de fructibus. et quidem *in deposito et commodato* fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus.

Ed al noto principio 'nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest' il

fr. 2 § 1 D. 41. 5. *Iul. 44 dig.*

Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est neque colonum neque eum, *apud quem res deposita aut cui commodata est*, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse

al quale fa sostanzialmente riscontro il testo di Paolo

l. 3 § 19. 20 D. 41. 2. *Paul. 54 ad ed.*

Illud quoque a veteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse. Sed si is, qui *apud me deposuit vel commodavit*, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem

sebbene qui Paolo neghi l'applicabilità del principio al deposito e al commodato, perchè in essi manca il possesso, in quanto *possessio* è da lui assunta nel suo significato tecnico (dal quale resta esclusa la detenzione), mentre Giuliano nel testo precedente si pone da un altro punto di vista ed applica invece il principio in quanto la naturalis possessio (detenzione) rientra nel concetto del possesso in genere. Tuttavia il secondo testo è da ascriversi, a mio avviso, alla categoria degli interpolati, come dirò più innanzi.

Parimenti alla teoria del possesso si riferiscono la

l. 9 § 1 D. 6. 2. *Ulp. 16 ad ed.*

Si quis *rem apud se depositam vel sibi commodatam* eme-

rit vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit

e la

l. 9 § 5 D. 41. 1. *Gai. 2 rer. cott. s. aur.*

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem trasferendam, veluti si rem, *quam commodavi* aut locavi tibi *aut apud te deposui*, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio

ove è fatta ai trinomi 'deposito commodato e pegno', 'deposito commodato e locazione' applicazione del principio, che all' acquisto del possesso basta, se già si ha la detenzione (*corpus*), che venga ad aggiungersi l'*animus*.

Il lato opposto della questione, parimenti considerato insieme per le due figure di detentori, si vede trattato nella

l. 47 D. 41. 2. *Pap 26 quaest.*

Si rem mobilem, *apud te depositam aut ex commodato tibi* (permissam?), possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est: cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit, *et rel.* [1]).

Ancora: sulla perdita del possesso e sul possesso per mezzo di rappresentanti altri due testi pongono insieme depositario e commodatario, per illustrare il principio che il possesso non si perde se il rappresentante sostituisce a se stesso un altro detentore, come quando un primo depositario o commodatario dà ad un terzo in deposito o in commodato la cosa ricevuta; ma s'interrompe tuttavia l'usucapione:

l. 30 § 6 D. 41. 2. *Paul. 15 ad Sab.*

Si ego *tibi commodavero*, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possidebo. et idem erit, si colonus meus fun-

[1]) Circa la chiusa del fr. e la teoria ivi contenuta 'igitur... animum haberent' v. per l'attribuzione di essa ai compilatori Eisele, *Savigny-Stiftung*, XIII, p. 142.

dum locaverit aut is, *apud quem deposueram*, apud alium rursus deposuerit. et id quamlibet per plurium personam factum observandum ita erit.

l. 33 § 4 D. 41. 3. *Iul. 44 dig.*

Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est: si creditor eius possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio: et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei qui quid *deposuit vel commodavit*, quos palam est desinere usucapere, si *commodata vel deposita res* alii tradita fuerit ab eo, qui *commodatum vel depositum* accepit.

E di nuovo nello stesso indirizzo sono altri due luoghi affermanti che l'*interdictum unde vi* e l'*interdictum de migrando* spettano in ordine a tutte le cose che il *deiectus* o l'inquilino hanno in loro potere, sieno lor proprie ovvero in loro possesso naturale o civile:

l. 1 § 33 D. 43. 16. *Ulp. 69 ad ed.*

Quod autem ait praetor: 'quaeque ibi habuit', sic accipimus, ut omnes res contineantur, non solum quae propriae ipsius fuerunt, verum etiam si quae *apud eum depositae vel ei commodatae* vel pigneratae, quarumque usum vel usum fructum vel custodiam habuit, vel si quae ei locatae sunt.

l. 2 D. 43. 32. *Gai. 26 ad ed. prov.*

Hoc interdictum inquilino etiam de his rebus, quae non ipsius sint, sed forte *commodatae ei* vel locatae *vel apud eum depositae* sunt, utile esse non dubitatur.

Finalmente altri due passi, in cui alla parificazione è motivo sempre la comune posizione di detentori, pongono insieme le due figure per enunciare l'una il principio che al depositario e al commodatario i quali abbian cessato con dolo di possedere e sieno stati condannati, si suol soccorrere facendo lor cedere le azioni dal domino:

l. 12 D. 42. 1. *Marcell. 4 dig.*

In *depositi vel commodati* iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat [1])

[1]) V'è antimomia tra questo fr. e la l. 69 D. 6. 1: « *Paul. 13 ad Sab.* Is qui dolo fecit quo minus possideret hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere

l'altra l'insegnamento che per rispondere con l'a. ad exhibendum non occorre aversi la possessio civilis ma basta quella naturalis:

l. 4 D. 10. 4. *Pomp. 6 ad Sab.*

(l. 3 § 15 eod. *Ulp. 24 ad ed.* Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet:) nam et cum eo, *apud quem deposita vel cui commodata* vel locata res sit, agi potest [1]).

Ma la parificazione si trova fatta anche per altri rispetti; per affermare la responsabilità integrale dell'erede pel dolo del defunto:

ei non debet actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei prestaturum »? Se qui si dice che il possessore è punito (*punitur*) col non fargli prestar dall'attore cauzione di cedere le azioni, e nel fr. 12 si dice *solet*, si deve credere che v'erano *usi* disformi e quindi disformi suggerimenti dei giureconsulti? Oppure la diversità del dettato va ricercata nella diversa posizione che assume il quesito in materia di rivendicazione (fr. 69) e in materia di contratti di b. fede, come il deposito e il commodato (fr. 12), nei quali ultimi, essendo più lata la facoltà del giudice, è escogitabile un temperamento del rigore ed un soccorso offerto dalla giurisprudenza al commodatario o depositario? Si vedano le spiegazioni che dei due passi forniscono il Cuiacio (*Op. omn.*, Neap. 1768, IV, p. 318) e il Donello (*Op. omn.*, Macer. 1833, XI, p. 200) nonchè il riassunto e il commento che ne fa il Pellat, *Propriété*, p. 381 sgg., il quale s'accosta al Donello e spiega il maggior rigore della prima norma con ciò, che si tratta di regola da applicare al caso del proprietario spossessato, ove nessun riguardo è dovuto a colui che convenuto con l'azione di revindica tende, abbandonando il possesso, a render frustraneo l'esperimento della revindica, mentre il temperamento contenuto nella seconda sarebbe ispirato appunto dalla considerazione che la persona del convenuto fu liberamente scelta dal depositante o commodante. Ma neppur questa conciliazione è troppo soddisfacente: meglio è confessare che nessuna di quelle proposte può considerarsi definitiva.

[1]) Questo fr., inserito nella compilazione sotto il titolo dell'a. ad exhibendum, apparteneva, nell'opera di Pomponio, ad altra sede: se è esatta la ricostruzione del Lenel, *Paling.*, Pomp. 482, esso si riferiva al *legatum optionis* e fu escerpito dalla l. 8 § 3 D. 33. 5, ove costituiva un inciso indipendente: 'Si rerum depositarum electio mihi relicta sit, et ad exhibendum cum eo, apud quem depositae sint, agere potero (*nam et cum eo apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agi potest*) et cum herede agere, ut is depositi agendo facultatem mihi eligendi praestet', diretto ad illustrar la dottrina insegnata da Pomponio, poter ciò il legatario di alcune a sua scelta tra più cose depositate intentar due azioni per esercitare la scelta, l'una ad exhibendum contro il depositario, l'altra ex testamento contro l'erede, allo scopo di costringer questo ad intentar l'azione contrattuale ed a presentargli gli oggetti tra i quali egli dovrà scegliere.

l. 12 D. 44. 7. *Pomp. 29 ad Sab.*

Ex depositi et commodati et mandati et tutelae et negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur;

o la facoltà che ha il praedo di giurare l'aestimatio pel dolo commesso dal terzo sulla cosa dal praedo stesso datagli in deposito o in commodato:

l. 64 pr. D. 5. 1. *Ulp. 1 disput.*

Non ab iudice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem iuratur: denique et praedoni *depositi et commodati* ob eam causam competere actionem non dubitatur [1]);

o la spettanza dell'a. contrattuale al figlio di famiglia nomine suo:

l. 9 D. 44. 7. *Paul* 9. *ad Sab.*

Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam *et depositi et commodati*, ut Iulianus putat [2]);

[1]) Il passo enuncia la regola, che al *praedo* e al *fur* è concessa per la cosa furtiva depositata o data in commodato l'a. depositi e risp. l'a. commodati, regola che ci è attestata anche da altri passi e che forse fa capo a Marcello: cfr. pel deposito l. 1 § 39 D. 16. 3 *Ulp. 30 ad ed.*: « Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto digestorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur »; l. 31 § 1 D. 16. 3 *Tryph. 9 disput.*: « ... nihilo minus ei (sc. latroni) restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. quod et Marcellus in praedone et fure scribit »; pel commodato l. 15 D. 13. 6 *Paul. 29 ad ed.*: « Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus »; l. 16 eod. Marcell. *5 dig.*: « ita ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem ». Il nesso tra la prima e la seconda parte del fr. (forse attenuato per effetto di riduzioni e soppressioni), è tuttavia intimo e visibile. Si ricordi quanto Ulpiano (8 ad ed.) scrive nel fr. 7 D. 12. 3: « Vulgo praesumitur alium in litem non debere iurare quam dominum litis: denique Papinianus ait alium non posse iurare quam eum, qui litem suo nomine contestatus est ». Evidentemente Ulp. aveva scritto che come al ladro è data l'azione contrattuale, così per naturale conseguenza - poichè il giudice deve nella valutazione del dolo di colui che non restituisce attenersi a quanto l'attore ha giurato - anche il ladro può giurare in quanto, essendo egli responsabile verso il dominus, è di suo interesse ottenere il massimo valor della cosa che il proprietario potrebbe pretendere. Cfr. Glück, *Pand.* XV, § 814, p. 449.

[2]) Sulle deduzioni che più d'uno scrittore ha voluto trarre da questo passo e dal successivo fr. 13 per spiegare l'origine della formula in factum, si veda per tutti Ferrini, *Commodato*, p. 4 e la confutazione da lui fatta della opinione, secondo la quale l'a. in factum si sarebbe introdotta a favore dei figli di famiglia. Quanto alla menzione che qui si fa delle quattro azioni iniuriarum, quod vi aut clam,

per insegnare che non vi può essere deposito o commodato della cosa propria, come non vi può essere in genere niun altro contratto che implichi la consegna di essa e porti all'esercizio d'un diritto di godimento o ad un dovere di custodia:

> l. 15 D. 16. 3. *Iul. 13 dig.*
>
> Qui rem suam *deponi apud se* patitur *vel utendam rogat, nec depositi nec commodati* actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato [6];

depositi, commodati come quelle per le quali soltanto è concesso al filius familias di star come attore, suo nomine, in giudizio, è pur sempre oscuro il punto, nonostante le spiegazioni tentate da molti (come dal MANDRY, *Gem. Familiengüterrecht* I, p. 214 e dal JHERING, *Jahrbb. f. Dogm.* XXIII, p. 215 sgg.) e il più recente studio del SOLAZZI, *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio* in *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, XI, p. 113 sgg., perchè (a prescindere dalle due prime) qui si nominano soltanto tra le azioni nascenti da contratto quelle di commodato e di deposito. Certo tale capacità fu a poco a poco allargata per opera della giurisprudenza, dopo la prima concessione pei due rapporti suddetti, che Paolo fa risalire a Giuliano. Non altrettanto indietro rimonta il riconoscimento di quella capacità per altri rapporti come il mandato e il mutuo (cfr. l. 18 D. 5. 1), quando pur non debbasi coll' EISELE, *Savigny-Stiftung* XI, p. 16 ritenere insiticio il brano '*forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens... agat*'. Cfr. su questo fr. anche SOLAZZI, op. cit., p. 183 sgg. Per qual motivo si fa ad un certo momento eccezione al principio generale che vieta al filius f. di agire in giudizio, congiuntamente pel deposito e pel commodato? Se è vero che le prime concessioni furono dettate dal bisogno di proteggere il filius contro le offese e le violenze (per l'actio iniuriarum: l. 17 § 10 D. 47. 10; l. 30 pr. D. 2. 14; per l'int. quod vi aut clam: l. 19 D. 43. 24) o per proteggerlo contro atti inconsulti da lui compiuti (l. 17 D. 12. 1) – cfr. FERRINI, *Pand.*, p. 865 - e sempre nell'intento di soccorrerlo nel modo più ampio che si potesse, qual'è la spiegazione da darsi a codesto apparir per prime delle azioni di deposito e di commodato? I dubbi sono molti e gravi; cfr. SOLAZZI, op. cit., p. 172. 177, 187 sgg. Si deve pensare ad un fenomeno di attrazione della regola, che sarebbe sorta dapprima pel deposito (pel quale si è più d'accordo, in generale, tra gli scrittori ad ammettersi una giustificazione, che trae argomento dalla natura speciale del rapporto) e da questo passata poi al commodato per effetto del parallelismo di cui ho fatto cenno più sopra? L'estensione sarebbe stata in tal caso posteriore a Giuliano, poichè in un altro testo che pur espone lo stesso principio e si richiama all'autorità di Giuliano, solo del giudizio di deposito si fa menzione: l. 19 D. 16. 3 *Ulp. 17 ad ed.* « Iulianus et Marcellus putant filium familias depositi recte agere posse ». Si veda però il LENEL, *Paling.* Paul. 264, che attribuisce il testo a Paolo. Ovvero deve anche qui sospettarsi una interpolazione delle parole '*et commodati*'?

[6]) Come bene ha osservato il FERRINI, *Commodato*, p. 59, la norma che non possa esistere commodato, deposito, ecc. di cosa propria non va presa in senso assoluto, potendo ben darsi che il proprietario il quale non abbia attualmente l'uso della sua cosa se lo procuri con un contratto di commodato da colui che

che nel legatum liberationis, essendo compresa qualsiasi obbligazione del legatario, e quindi anche quella di restituire nascente dal deposito dal commodato dal pegno, è valido un legato di quest'ultima specie:

l 8 § 7 D. 34. 3. *Pomp. 6 ad Sab.*

Et ei liberatio recte legatur, *apud quem deposuero vel cui commodavero* pignorive dedero vel ei quem ex furtiva causa mihi dare oportet;

che son possibili determinate pattuizioni speciali, come l'obbligazione assunta dall'accipiente di non istigare al furto o alla fuga il servo:

l. 50 D. 2. 14. *Ulp. 42 ad Sab.*

Non impossibile puto *in contractibus depositi, commodati* et locati [et ceteris similibus [1])] hoc pactum: 'ne facias furem vel fugitivum servum meum', [hoc est: ne sollicites ut fur fiat, ut fugitivus fiat: ne ita neglegas servum, ut fur efficiatur. [2])] sicut enim servi corrupti actio locum habet, ita potest etiam haec pactio locum habere, quae ad non corrumpendos servos pertinet;

che il rimedio della restitutio è dato ai minori che patirono, non a quelli che commisero dolo:

per un legittimo titolo la possiede, o che colui che ha la cosa altrui l'affidi in custodia allo stesso proprietario. La regola ha quindi questo preciso significato: che non s'ammette deposito ecc. di cosa propria - e non sorge quindi in confronto del proprietario la relativa azione contrattuale - sempre che di fronte al titolo di deposito ecc., non vi sia nel terzo un titolo poziore, a cui il primo deve cedere. Si noti che del commodato, su questo punto speciale, non è fatta menzione che nella l. 15. L'altra, che enuncia la medesima regola, ricorda col deposito, la locazione, il precario ed altri rapporti, ma tralascia il commodato: l. 45 D. 50. 17 *Ulp. 30 ad ed.* « Neque [pignus neque depositum ?] neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest ». Il passo si riferiva certamente alla fiducia, cfr. LENEL, *Paling.*, Ulp. 901; ma è dubbio se la 'fiducia' sia stata semplicemente soppressa, ovvero sostituita col 'pignus' come dubitativamente suppone il LENEL, *Savigny-Stiftung*, III, p. 113, o piuttosto con ambedue le figure del pegno e del deposito, come mi par più probabile. Parimenti, mentre troviamo un luogo in cui la questione è abbastanza diffusamente discussa per il deposito - l. 31 § 1 D. 16. 3 - niun passo autonomo si incontra pel commodato. Cfr. per la vendita: l. 21 D. 41. 3; pel pegno l. 33 § 5 D. 41. 3 ecc.

[1]) Con tutta probabilità queste parole sono dei giustinianei. V. per le altre interpolazioni analoghe SCIALOJA, *Bull. dell'ist. di dir. rom.* XIV, p. 10, n. 2.

[2]) La duplice e ultronea spiegazione contenuta in queste frasi non appartiene, a mio credere, al testo originario.

l. 9 § 2 D. 4. 4. *Ulp. 11 ad ed.*

Nunc videndum minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit *in re deposita vel commodata* [vel alias in contractu,[1])] an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? et placet in delictis minoribus non subveniri.

Altre volte il parallelismo è fatto in via incidentale; così per dare esempio di ' causa pecuniaria ' nella quale il servo può essere ' de facto suo ' interrogato, gl'impp. Diocleziano e Massimiano citano i nostri due contratti come tipi di contratti diretti alla consegna d'una cosa:

l. 15 C. 9. 41.

Interrogari servos de facto suo non solum in criminali causa, sed etiam in pecuniaria (veluti quando per eum *depositi vel commodati nomine* vel in aliis causis legibus cognitis res aliis praestitae sunt) posse non ambigitur.

Cfr. Paul. Sent. 5. 16. 1.

Servum de facto suo in se interrogari posse, ratio aequitatis ostendit: nec enim obesse ei debet, qui per servum aliquid sine cautione *commodat aut deponit.*

Così ancora per istituire una distinzione, nella categoria dei contratti reali, fra quelli in cui l'accipiente deve restituire l'*eadem species* e quelli in cui deve l'*idem genus*:

l. 2. pr. D. 12. 1. *Paul. 28 ad ed.*

Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin *commodatum* erit *aut depositum*), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

Per altri contratti invece che non rientrino in uno dei tipi schematici, può sorgere dubbio s'essi si avvicinino più al deposito che al commodato; e dove si ammette l'analogia con l'uno di essi, dove si esclude e per l'uno e per l'altro:

[1]) Analoga a quella del testo precedente è la generalizzazione, indubbiamente bizantina, del principio ottenuta con questa frase posticcia; cfr. PEROZZI, *Obbligazioni romane*, p. 118 in nota

l. 1 § 2 D. 19, 5. *Pap. 8 quaest.*

Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, *neque depositum neque commodatum erit,* sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio [1]).

l. 17 § 2 D. eod. *Ulp. 28 ad ed.*

Papinianus libro octavo quaestionum scripsit: si rem tibi inspiciendam dedi.... si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum (praestandum), quia *prope depositum* hoc accedit.

l. 17 § 3 eod.

Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, *commodati* non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.

Ma in tutti gli altri testi l'impressione che si riceve è tutt'altra. Perocchè da un canto vi hanno passi in cui il principio enunciato non s'attaglia all'uno dei due contratti e talora a nessuno di essi, in quanto che per ricondurre quel principio alla figura ricordata si dovrebbero presupporre elementi e circostanze che il testo non enuncia e in qualche caso esclude addirittura; dall' altro v' hanno passi in cui, pur nulla contenendosi di contradditorio nella sostanza, si manifesta scorretta la forma, in quanto non corrisponde nella sua costruzione grammaticale o sintattica all'una delle due specie contemplate nel testo.

Tutti questi testi contengono sempre qualche cosa che è posticcio. E denunciano, come dicevo, una particolare tendenza dei bizantini ad aggruppare i due istituti dando lor norme uguali, assai più di quel che non avessero fatto i classici. Senonchè, mentre per alcuni l'aggiunta è rappresentata o dalla menzione del deposito o da quella del commodato che nell'originaria opera classica non figurava, in altri è insiticio tutto intero il binomio.

A quest'ultima serie appartengono quelli in cui i compilatori sostituirono la fiducia classica, già da lungo tempo tramontata, con le figure del deposito e del commodato. La destinazione della fiducia

[1]) Sull'actio in factum civilis di cui è parola in questo testo si veda Pokrowsky, *Savigny-Stiftung*, XVI, p. 91-92.

cum amico a svariatissimi fini, tra cui precipuo la custodia della cosa (Gai. II, 60: 'quo tutius nostrae res apud eum sint') che compendia in sè il contenuto del deposito, e non ultimo la concessione dell'uso (sebbene per esso non s'abbiano prove dirette all'infuori dei luoghi che seguono [1])), condusse facilmente i compilatori a sostituir quella con questi. Di guisa che, come la fiducia cum creditore vien da essi soppiantata per far luogo al pegno, così alla fiducia cum amico viene normalmente sostituito il binomio 'depositum vel commodatum'. Ma talvolta lo svolgimento è diverso: perocchè in qualche caso 'depositum vel commodatum' è lo sviluppo d'una fiducia cum creditore, e in qualche altro, quando cioè il classico non aveva indicato il tipo di fiducia ma aveva genericamente trattato dell'istituto, lo sviluppo è dato dal trinomio 'pignus depositum commodatum' o anche da una serie più ampia di figure giuridiche (cfr. l. 45 pr. D. 50, 17; LENEL, *Paling.* Ulp. 901).

Su tale procedimento seguito dai giustinianei e sulle relative interpolazioni non è ormai più lecito alcun dubbio, dopo gli studi critici del Lenel, del Pernice, del Ferrini e di altri. Sarà dunque sufficiente ricordar qui il tenore dei testi, rinviando per una più ampia dimostrazione a quanto ne fu già scritto da altri.

Al tipo speciale della *fiducia cum amico* debbono essere ricondotti non meno di tre fr.:

l. 31 D. 13. 7. *Afr. 8 quaest.*

Si servus [pignori] datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem [pignori] mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me [pigneraticiam] actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum [*depositus vel commodatus*] servus furtum faciat. [2])

[1]) Basta peraltro la logica per ammetterlo: cfr. FERRINI, *Commodato*, p. 33; GIRARD, *Manuel*[4], p 520, n. 4.

[2]) Più che fondata è la congettura che questo fr. costituisse un unico passo col fr. 62 (61) § 1 D. 47. 2, che appartiene allo stesso libro delle questioni di Africano e tratta l'identico argomento: «Iis etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi [pignori] dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria [pigneraticia] consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas». Il Ferrini anzi ne tenta la ricostruzione, *Commodato*, p. 29, n. 1, e dimostra con tutta certezza l'appartenenza del fr. 31 alla dottrina della

l. 16 D. 44. 7. *Iul. 13 dig.*

Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem [pignoris] causa ei [tradiderat] et precario

fiducia, come altri aveva già sospettato (cfr. LENEL, *Paling.*, Afr. 108, n. 3 e 4; PERNICE, *Parerga* in *Savigny-Stiftung*, IX, p. 227, n. 6; HECK, *Die fiducia cum amico contracta* in *Savigny-Stiftung*, X, p. 125). Poichè nel pr. e nel § 2 del fr. 62 Africano illustra i casi in cui anche il dominus può agire pel furto commesso in suo danno dal proprio servo, il caso intermedio contemplato appunto nel § 1 non poteva esser altro che una terza figura di dominio (pr. condomino; § 2: compratore; § 1: fiduciario), non mai quella del pignoratario, che non avrebbe potuto in alcuna guisa rientrarvi. Gli è dunque della *fiducia cum creditore* e dell'*a. fiduciae* che Africano parlava nel fr. 62 § 1 in luogo del pegno e dell'a. pigneraticia, che oggi vi compariscono. Cosicchè, data la connessione tra i due passi, anche nel pr. del fr. 31 deve riconoscersi sostituita dai compilatori la menzione del pegno a quella della fiducia cum creditore. Al creditore fiduciario, aveva scritto Africano, il debitore può abbandonare in nossa il servo che commise furto. E se il furto gli era noto, non basta ch'egli sia disposto all'abbandono nossale: resta al creditore aperto sempre l'esperimento dell'a. fiduciae contraria per poter essere risarcito del danno, dal momento che lo schiavo abbandonatogli in nossa non può più servigli di garanzia al credito. Di qui apparisce come l'alternativa posta all'oggetto dell'azione nel fr. 62 § 1: '*aut* damnum decidas *aut* pro noxae deditione hominem relinquas' è un evidente errore, dappoichè non soddisfa certo a tutti i diritti spettanti al fiduciario la prestazione d'uno qualsiasi dei due oggetti. Che anzi oggetto dell'a. fiduciae contraria non può essèr altro se non la prestazione dell'indennità, mentre l'abbandono nossale è effetto di tutt'altra causa (il furto), indipendente dal rapporto di fiducia. Ed è, per giunta, in contraddizione coll'insegnamento contenuto nel fr. 31: 'habiturum me actionem, *ut* indemnem me praestet', tuttochè ciò sia detto soltanto in ordine all'ipotesi che il fiduciante conoscesse il furto del servo, il che non apparisce nel fr. 62 § 1. Laonde non resta che spiegarla siccome effetto dei rimaneggiamenti dei bizantini. Opportunamente quindi il Ferrini, nella sua ricostruzione, ne sopprime il secondo membro.

Ora, se Africano nel fr. 31 alla norma prima enunciata, poter cioè il debitore lasciare in nossa il servo fiduciato salva restando al creditore l'a. fiduciae per la integrazione della garanzia, sottopone (ricordando l'insegnamento di Giuliano) un altro rapporto consimile, è manifesto che la figura similare non può esser nè quella del deposito, nè quella del commodato, ma dev'essere necessariamente un altro tipo di fiducia, la *fiducia cum amico*. Tanto più all'ipotesi del commodatario e del depositario non poteva egli essersi riferito, in quanto che l'ipotesi del furto commesso dal servo depositato o commodato veniva da Afr. trattata ex professo poco più innanzi (l. 62 § 5. 6) e con insegnamento affatto diverso. Il LENEL, *Paling.* Afr. 108, n. 4, attribuirebbe ai compilatori tutta la chiusa 'eadem... faciat' pur affermando che in questo luogo si ragionava di *f. cum cred.* Più consono alle cose dette dianzi e allo stesso operare di Triboniano è ritenere interpolatizia la sola frase '*depositus vel commodatus*' sostituita alla originaria '*amico fiduciae causa mancipio datus*'; non allargamento della dottrina professata dal giureconsulto vogliono qui ottenere i bizantini, ma soltanto la soppressione dell'istituto già tramontato.

rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti [per traditionem] accipiendo proprietatem hereditati adquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit. [nam et si *commodaverit vel deposuerit* rem peculiarem, *commodati et depositi* actionem hereditati adquiret.] haec ita, si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam [possessio?] adquisita intellegi debet[1])

[1]) L'appartenenza di questo fr. alla dottrina della doppia fiducia cum c. e cum a. è uno dei risultati più sicuri della critica interpolazionistica; la quale per opera dell'ARNDTS, *Ges. civ. Schriften*, I, pp. 486, 487; del LENEL. *Paling.*, Iul. 217, *Edit* II, p. 5, n. 6, *Savigny-Stiftung*, III, p. 119; dell'ALIBRANDI, *Opere*, I, p. 224; del GRADENWITZ, *Savigny-Stiftung*, VI, p. 64; VII, p. 46 e d'altri (cfr. ad es. GIRARD, *Manuel*[4], p. 521, n. 2) ha provato come la prima parte di esso trattasse della fiducia c. cred., dovendosi leggere, in luogo di 'pignoris causa ei tradiderat' '*fiduciae causa ei mancipio dederat*' e conseguentemente '*mancipio accipiendo*' in luogo di 'per traditionem accipiendo'. Ma è merito del FERRINI (*Commodato*, p. 30) l'aver dato una spiegazione adeguata del brano in cui si fa cenno di commodato e di deposito, due istituti di cui non si comprende come Giuliano venga d'un tratto a ragionare, visto che non si rileva alcun logico rapporto tra la norma esposta prima (l'impedimento della usureceptio per l'homo o fundus mancipato allo schiavo con fiducia in garanzia d'un mutuo e dallo schiavo concesso in precario al debitore stesso) e quella che immediatamente la segue (l'acquisto alla eredità dell'azione di commodato e di deposito). Nè quella stessa mancanza d'ogni nesso ragionevole (e legittimamente aspettato dopo un *nam et si*) che si avverte correggendo il principio del fr., scompare se lo si legga coi giustinianei riferito al pegno, mancando qualsiasi corrispondenza tra le premesse della prima figura e quelle della seconda. Che cosa hanno di comune la res data allo schiavo e da questo concessa a precario, e la res del peculio data dallo schiavo in deposito o in commodato? La verità è che Giuliano, dopo aver escluso l'usureceptio nel primo caso, in cui il tipo di fiducia era quello cum creditore, configurava l'identica ipotesi per l'altro tipo, la fiducia cum amico, e in questa al contrario ammetteva l'usureceptio, siccome insegna Gaio nelle sue Istituzioni (II, 60) Quale fosse originariamente il passo non è però agevole dire, perchè i compilatori lo hanno profondamente alterato, sino al punto da invertire addirittura le parti, facendo comparir qui lo schiavo come colui che dà la cosa in deposito o in commodato, mentre evidentemente è lui che la riceve in fiducia e, come sopra, la concede poi a precario. Non altrimenti può spiegarsi il *rem peculiarem*, che ritengo uscito dalla penna del classico (vi si fa espresso richiamo alla fine, non sospetta, del testo: *peculiare negotium*; il solo cambiamento in essa introdotto dai compilatori sarebbe, secondo Mo., la sostituzione di 'possessio' a 'fiducia'; ma ciò non pare fondato, mancando qualsiasi motivo a tale alterazione; cfr. LENEL, *Savigny-Stiftung*, III, p. 119, n. 36), perchè l'oggetto dato in fiducia è diventato parte del peculio, mentre mancherebbe ogni termine di confronto, quando all'homo o fundus ricevuto in fiducia per garanzia d'un credito fosse contrapposta una cosa originariamente di pertinenza del peculio. Non è tuttavia lontano dal vero immaginar il passo così originariamente concepito: '*nam si cum amico contracta fuerit fiducia rem peculiarem precario dando usus receptio non impedietur*'.

l. 27 pr. D. 15. 1. *Gai. 9 ad ed. pr.*

Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: [maxime si qua sarcinatrix aut textrix erit aut aliquod (aliud *ins. Mo.*) artificium vulgare exerceat, datur propter eam actio.] [*deposili quoque et commodati*] actionem dandam earum nomine Iulianus ait: sed et tributoriam actionem, si peculiari merce sciente patre dominove negotientur, dandam esse. longe magis non dubitatur, et si in rem versum est, quod iussu patris dominive contractum sit [1]).

[1]) Numerose e profonde sono le alterazioni subite da questo passo di Gaio, del quale colpisce il muoversi grave e pesante per l'insistente ritorno della frase 'actio datur', che si ripete ben quattro volte in poche linee. Superflua ed imprecisa è l'aggiunta 'maxime... datur propter eam actio', perchè non è certamente vero che alla concessione dell'actio de peculio sia condizione l'esercizio di un mestiere da parte dell'ancilla o della filia; nè comunque che su di essa influisca la qualità del mestiere da codeste persone esercitato; cfr. HECK, *Savigny-Stiftung*, X, p. 126. La tradisce di origine bizantina anche il modo con cui essa è introdotta (*maxime si*) ed appiccicata al testo originario. E pur bizantina par che sia la chiusa 'longe magis... contractum sit', cfr. GRUPE, *Savigny-Stiftung*, XVII, p. 318-319. Ma quella che devesi ritener sicura è la interpolazione della frase 'depositi quoque vel commodati', che fu dai compilatori inserita in luogo di 'fiduciae quoque' siccome ebbero già a rilevare il LENEL, *Paling.* Gai. 223, n. 1; il PERNICE, *Savigny-Stiftung*, IX, p. 227, n. 6; il FERRINI, *Commodato*, p. 31 e l'HECK, l. c. (questi trova scorretto l'insegnamento del periodo in esame, perchè se è vero che le pretese nascenti da un contratto di deposito o di commodato conchiuso dalla filia o ancilla possono farsi valere con un'azione adiettícia, non è vero che desse possano considerarsi come una particolare specie di questa; e ritiene perciò che la interpolazione 'dep. q. et comm.' sia stata provocata da un originario 'receptum erit' del testo, ricostruendo così: '... in peculio actio datur *de merce quoque et si quid eo nomine receptum erit*'; ma contro di lui v. FERRINI, loc. cit.). Dal confronto con l. 36 h. t., in cui Ulpiano parlava della fiducia cum servo contracta (cfr. LENEL, *Édit* II, p. 7 sgg.) e dove invece i compilatori hanno sostituito 'pignus a 'fiducia', appare manifesto che anche qui Gaio parlava della fiducia cum servo, applicandone i principii, nei suoi rapporti con l'actio de peculio, all'ancilla e alla filia familias. - Vero è che in altri luoghi delle fonti si parla dell'azione di peculio in ordine al deposito o al commodato contratto coi figli e coi servi (cfr. l. 5 pr. D. 15, 1 *Ulp. 29 ad ed.*: « Depositi nomine pater vel dominus dumtaxat de peculio conveniuntur et si quid dolo malo eorum captus sum »; l. 1 § 42 D. 16. 3 *Ulp. 30 ad ed.*: « Filium familias teneri depositi constat, quia et ceteris actionibus tenetur: sed et cum patre eius agi potest dumtaxat de peculio. idem et in servo; nam cum domino agetur »; l. 3 § 4 D. 13. 6 *Ulp. 28 ad ed.*: « Si filio familias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso et directo quis poterit »); e che in un luogo si espone la teoria precisamente in ordine al commodato contratto con la schiava o la figlia (l. 3 § 4 cit.: « Sed et si *ancillae vel filiae familias* commodaverint, dumtaxat de peculio erit agendum »); sicchè nulla a priori

Trasformazione di un' antica *fiducia cum creditore* è invece il binomio contenuto nella

l. 22 pr. D. 9. 4. *Paul. 18 ad ed.*

Si servus [*depositus vel commodatus*] sit, cum [domino] agi potest noxali actione: ei enim servire intellegitur et, quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, maxime si copiam habeat reciperandi hominis [1]).

Non da un tipo speciale, ma dalla figura generica della fiducia deriva il fr. seguente; al quale sono da aggiungere però, a parer mio, altri due testi, dei quali l'uno non è stato neppure sospettato, l'altro sì ma dubitativamente:

l. 6. D. 45. 3. *Pomp. 26 ad Sab.*

Ofilius recte dicebat et [per traditionem] accipiendo [*vel deponendo commodandoque*] posse soli ei adquiri qui iussit: quae sententia et Cassii et Sabini dicitur [2]).

imporrebbe di necessità l'escludere che anche di tali rapporti si occupasse Gaio nel fr. 27. Ma nei luoghi citati e anche altrove le due figure del commodato e del deposito si vedono considerate sempre separatamente. Solo qui le troviamo abbinate, qui dove appunto altri ragguardevoli indizi ci avvertono che ci troviamo di fronte ad una trasformazione della fiducia cum amico, così come nel fr. 36 abbiamo veduto in pegno trasformata una fiducia cum creditore.

[1]) Paolo aveva scritto '*si servus fiduciae causa mancipio datus sit*', parlando della fiducia cum creditore, siccome hanno chiaramente dimostrato il PERNICE, *Labeo*, III, p. 140, n. 2, ed il FERRINI, *Commodato*, pp. 31-32. S' intende allora che agli effetti dell'editto sulle azioni nossali, pel quale è richiesta la condizione 'in potestate esse' (cfr. LENEL, *Édit*, I, p. 189), sorgesse la questione se del servo fiduciato al creditore dovesse tuttavia rispondere il debitore, nonostante ch' egli più non lo possedesse. E soltanto con la figura della fiducia può spiegarsi - se deve ritenersi genuina - l'ultima frase 'maxime... hominis', che non ha senso nè pel depositante nè pel commodante, mentre contiene appunto un solido e validissimo argomento per rafforzare l'accolta soluzione: doversi cioè il servo considerare come tuttora in potestà del fiduciante. Per questo stesso motivo ritengo interpolato anche 'domino' in luogo di 'debitore', come opina il PERNICE, loc. cit. Ammettendo genuina la lezione 'domino' si deve pensare che 'dominus' avesse Paolo chiamato il fiduciante, e ciò non mi pare probabile, nonostante le contrarie considerazioni del MANCALEONI, *Filangieri*, 1898, p. 672, che nega parimenti l'analoga interpolazione della l. 37 D. 13. 7, rilevata dal LENEL, *Paling.* I, p. 1153, n. 4, sostenendo che, data la prevalenza assoluta che sulla cosa fiduciata hanno i diritti dominicali del fiduciante in confronto del fiduciario, si poteva aver ragione di dubitare chi in pratica fosse il proprietario, in quanto il fiduciante doveva apparir più domino del fiduciario.

[2]) Lo strano atteggiamento che ha il testo quale oggi si presenta, dipende unicamente dall'alterazione apportatavi dai compilatori allo scopo di farne scom-

A questi fr. il Ferrini [1]) aggiunge ancora la l. 1 § 47 D. 16. 3, che come gli altri passi egli crede debbasi ricondurre alla fiducia. Un maturo esame del testo mi ha convinto, per considerazioni molteplici, che l'alterazione da esso subita non sia da spiegarsi in tal guisa, e che invece il fr. sia da annoverarsi tra quelli in cui uno solo dei membri del binomio 'depositum vel commodatum' è insiticio E le ragioni vedremo tra breve più innanzi.

Sono invece da annoverare qui, come ho detto dianzi, altri due testi, cioè la l. 5 D. 27. 3 e la l. 18 § 1 D. 13. 6. Del primo si è, ma con dubbi, sospettata già da altri l'alterazione; il secondo, per quanto io mi sappia, è passato fin qui come genuino, ed è all'incontro, anche con maggior sicurezza dell'altro, riconoscibile come alterato.

L. 5 D. 27. 3. *Ulp. 43 ad Sab*

Si tutor rem sibi [*depositam*] a patre pupilli [*vel commodatam*] non reddat, non tantum [*commodati vel depositi.*] verum

parire il ricordo della fiducia; e della fiducia soltanto si occupava invece Pomponio, chè la questione consisteva nel vedere a chi il servo di più padroni acquistasse se avesse ricevuto alcunchè in fiducia, ed era da Ofilio risoluta nel senso che l'acquisto avvenisse a favore di quello tra i domini che avevagli dato l'iussus. La questione aveva agitato le scuole ed era stata variamente risoluta; fino a che non prese il predominio la dottrina autorevolmente difesa da Sabino (cfr. Gai. III, § 167-a = LENEL. *Paling. Sab.* 210; Ulp. 48 *ad Sab.* = LENEL, *Ulp.* 2952-2954, ecc.). Il senso non s'ottiene se non correggendo '*et fiduciae causa mancipio accipiendo vel cum creditore vel cum amico contractae posse soli et adquiri qui iussit*', come il LENEL, *Paling.* Pomp. 726 (cfr. l'altra men buona ricostruzione proposta al vol. I, p. 123, n. 4 = Cassius 125) suggerisce e tutti accettano (cf. FERRINI, *Commodato*, p. 29; PERNICE, *Savigny-Stiftung* IX, p. 227, n. 6; meno l'HECK, *Savigny-Stiftung* X, p. 128, il quale anche qui non pensa alla fiducia, ma ricorre ad un ripiego ingegnoso, immaginando una duplice e successiva interpolazione del testo, che in una prima preparazione sarebbe stato alterato nella parola *mancipatio* sostituita con *traditio* [cfr. GRADENWITZ, *Savigny-Stiftung* VI, p. 63; FERRINI, loc. cit.], e nella revisione. risultando ormai che lo schiavo acquistava pel iubens solo ricevendo, ma non anche consegnando, sarebbe stato modificato con l'aggiunta della menzione d'un rapporto di consegna, pel quale si sarebbe presentato ai compilatori come ovvio esempio quello del commodato o deposito). La ragione fondamentale per accogliere la prima spiegazione è che il fr. non ha addirittura senso col 'deponendo commodandoque', perchè col dare in deposito o commodato una cosa, il servo non acquista nulla, salvo che ciò non vogliasi intendere delle azioni. E questo è da escludere, non sembrandomi possibile intendere come qualcuno fa, in duplice modo l' 'adquirere', col riferirlo o all'acquisto della proprietà o all'acquisto dell'azione, in quanto qui è manifesto il pensiero d'un acquisto di diritti, il dominio cioè che deriva dalla mancipatio fatta fiduciae c.

[1]) *Commodato*, p. 27.

tutelae quoque tenetur. et si acceperit pecuniam, ut reddat, plerisque placuit eam pecuniam [*vel depositi vel commodati*] actione repeti vel condici posse: quod habet rationem, quia turpiter accepta sit.

Motivi sostanziali decisivi per ritenere interpolatizia la menzione del deposito e del commodato in questo testo, non ve n'hanno. Ve n'ha però uno formale e desso è sufficiente: la costruzione scorretta 'rem *sibi* depositam', che difficilmente potrebbe attribuirsi ad Ulpiano, come ampiamente dimostrerò più innanzi esaminando tutta una serie di testi che presentano un' analoga scorrezione. Ora questa errata costruzione, della quale neppure i bizantini si sarebbero consciamente resi colpevoli, trova la sua spiegazione in un parziale mutamento apportato al testo, che presupponga già adoperata dallo scrittore classico la forma del dativo. E la spiegazione potrebbe esser duplice: chè o si tratta di una frettolosa aggiunta della voce 'deposito' là dove correttamente si parlava di solo commodato (res alicui commodata *vel deposita*), e questo è il caso di vari testi che dovremo più innanzi studiare; ovvero della sostituzione di ambedue le figure contrattuali al posto di un' altra, che richiedeva la costruzione col dativo: il quale perciò, se si adattava all'una (commodato) produceva una scorrezione in confronto dell'altra (deposito).

La prima ipotesi è però qui da escludere: la figura che sola potrebbe immaginarsi appiccicata sarebbe, dato l'atteggiamento della frase, il commodato, non mai il deposito; e la scorrezione non sarebbe con ciò sanata. È dunque inevitabile ricorrere alla seconda; ed è ovvio come la sola figura che poteva essere stata ricordata da Ulpiano dovesse essere la fiducia[1]). Ulpiano aveva scritto: 'Si tutor rem sibi *fiduciae causa* a patre pupilli *datam* non reddat, non tantum *fiduciae*, verum tutelae quoque tenetur'. E più innanzi: 'plerisque placuit eam pecuniam vel *fiduciae* actione repeti vel condici posse'. Così leggendo, il passo acquista anche maggior sapore classico poichè ne vien tolta la non bella sequela dei *vel* nella frase in cui s'accenna ad un antico dissenso (*plerisque placuit*) circa l'esperibilità dell'azione contrattuale pel caso in cui il tutore siasi fatto pagare la restituzione.

[1]) Anche il LENEL, *Paling.* II, p. 1174, n. 7, sebbene dubitativamente pensa a questa. V. PERNICE, *Labeo* III, 1, 230, n. 2.

Più lungo discorso richiede la

l. 18 § 1 D. 13. 6. *Gai. 9 ad ed. prov.*

Sive autem [*pignus sive commodata res sive deposita*] deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, alia tolluntur.

Per intendere appieno il valore delle affermazioni contenute in questo paragrafo e rendersi conto della interpolazione, occorre tener presente l'ultima parte del pr., che col § 1 strettamente si collega:

.... haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus [*pignori*] datis et dotalibus aestimari solet.

Com'è noto, il fr. 18 appartiene alla dottrina dell' *a. commodati*, cui è destinata la prima parte del libro 9 dell' opera gaiana [1]). Alla dottrina del commodato segue, in esso, quella dell' *a. pigneraticia*, mentre (si noti ciò) la teoria dell' *a. depositi* è esposta alla fine dello stesso libro, dopo la trattazione di varie altre materie, secondo l'ordine edittale [2]). Ora, il secondo dei due passi di sopra trascritti, illustrando il principio della attenuazione della responsabilità del commodatario nel caso in cui il commodato sia a vantaggio di ambedue i contraenti - responsabilità che s' arresta, attenuandosi, alla culpa corrispondente alla *diligentia quam suis* – invoca a paragone due figure, due tipi di responsabilità, il pegno e le cose dotali, affatto diverse tra loro. Egli è precisamente la prima quella che non vi corrisponde, come già la più gran parte degli scrittori ha osservato [3]), poichè il creditore pignoratizio risponde della diligenza assoluta, di quella *quam suis* il marito per le cose dotali. Di qui il sospetto sulla

[1]) Si noti che a questo stesso libro spetta il fr. 27 pr. D. 15. 1, di cui è già stata ricordata l'interpolazione di '*dep. et comm.*'. I compilatori l'ebbero dunque sott'occhio l'un dopo l'altro a breve distanza!

[2]) Cfr. LENEL, *Paling.* Gai. 208 a 230.

[3]) Cfr. FERRINI, *Commodato*, pp. 108, 109, anche per la critica che vi si contiene delle varie opinioni.

genuinità del fr. nella parte contenente la menzione delle cose pignorate; e la congettura del Löhr [1]) - preferita ad ogni altra dal Ferrini e dal medesimo rafforzata con validissimi argomenti - che il testo menzionasse le cose date in fiducia: 'sicuti in rebus *fiduciae* datis et dotalibus'. Nè questa fu forse la sola modificazione introdotta dai compilatori. Tracce del loro intervento si notano anche nell' esempio dell' amico invitato a pranzo, se si considera la scorretta consecutio temporum della frase (*invitaverimus... suscepisses... commodaverim*) [2]). Similmente non appare, quanto meno, completo il pensiero di Gaio nell' indagine ch' egli si propone circa i limiti della responsabilità nella specie ricordata: di fronte alla prima opinione citata ('apud quosdam invenio') egli crede che sia da discutersi se non s' abbia ad accettarne un' altra ('sed videndum est ne...'), e dall' insieme si intuisce che alla seconda intende dar la preferenza: ma il discorso si presenta in certa guisa troncato, poichè dopo enunciato il dubbio sulla prima ci si sarebbe aspettato lo sviluppo, o per lo meno un breve accenno, dei motivi che lo inducono a respingere questa e ad accogliere l'altra.

Comunque sia del testo originario, un rimaneggiamento abbastanza profondo di esso da parte dei giustinianei è qui innegabile. E le vestigia ne son rimaste, a mio avviso, anche nel passo che più specialmente studiamo. A quella premessa infatti segue immediatamente il § 1, ov' è considerata la responsabilità di colui che restituisce deteriorata la cosa ricevuta in pegno, in commodato o in deposito. Ma in quale rapporto si trova ciò che qui vien detto con quanto era stato affermato prima? E come d' improvviso salta fuori la figura del deposito, di cui innanzi non era stato fatto alcun cenno?

Una cosa è intanto fuor di dubbio: che nel § 1 il giureconsulto si mantiene nello stesso tema specifico di cui aveva sin lì trattato. Forse anzi era questo un argomento addotto in sostegno della tesi enunciata circa l'attenuazione della responsabilità; forse ne era soltanto lo svolgimento. I tagli operati dai compilatori hanno distrutto il nesso originario, ma il nesso dovè esservi ed intimo, se qui si ragiona della restituzione di cosa deteriorata e s' incomincia, riattaccandosi alle cose già dette ('sin autem...'), dal pegno ch' era stato per ultimo nominato.

[1]) *Die culpa*, p. 216.

[2]) Cfr. GRUPE, *Savigny-Stiftung*, XVII, p. 317.

Ma il pegno, come abbiamo veduto, non figurava nell'opera gaiana: il nesso adunque va ricercato nell' altro istituto che il giureconsulto invocava, nella fiducia. Si è con la fiducia ch' egli riattacca il discorso, dopo aver detto appunto poco prima *sicut in rebus fiduciae datis*. Noi siamo pertanto autorizzati a ritenere che, come nel pr., così nel nostro passo la menzione del *pignus* sia effetto di una sostituzione dei compilatori alla *fiducia cum creditore* ricordata da Gaio.

Questo primo risultato, che a me sembra per la sua assoluta evidenza incontrovertibile, apre facile la via a spiegare l' ulteriore interpolazione del passo.

Ho già avvertito che sorprende l' improvvisa menzione del deposito, a cui nè prima nè poi in tutto il lungo fr. 18 Gaio più accenna. La impressione di sorpresa si accresce, quando si giunge alla frase ' non solum *istae* sunt actiones, *de quibus loquimur* '. Quali sono mai codeste azioni di cui sarebbesi ragionato? Non certo l' ' istae ' può riferirsi al deposito, che ora soltanto comparisce. Logico è invece il riferimento, s' esso si limiti al commodato (di cui tutto il fr. si occupa) e alla fiducia cum creditore. Sarebbe poi, tra l' altro, mancata ogni utilità ad invocare il deposito, se voleva trarsene un argomento di analogia. Ammettendo come genuino il passo, s' intenderebbe il richiamo al pegno e al commodato, dacchè quivi la responsabilità è identica, ma non quello del deposito, ove i limiti sono affatto diversi. La diversità di posizione tra quelli e questo apparisce meno, è vero, dato l' attuale atteggiamento del testo, in quanto ciò di cui esso tratta è la spettanza dell' a. legis Aquiliae oltre la contrattuale. Ma non si deve dimenticare che se un nesso intimo collegava questa parte del fr. alla precedente, l' accenno qui fatto alle azioni per la restituzione della cosa in condizioni deteriorate, aveva il suo punto di riattacco nella maggiore o minor responsabilità di cui erasi discorso innanzi.

La menzione del deposito è pertanto innegabilmente interpolata. Ma in qual modo avvenne l' alterazione e come va ricostruito il testo? Se esso si considera nella sua attuale struttura, balza agli occhi la sconcordanza grammaticale della prima frase (' sive *pignus*... sive res... sive res .. deterior *facta* sit '): non basta l' attrazione dei due ultimi membri di essa a spiegare il femminile: sarebbe occorso quanto meno il plurale. Questo indice formale conferma e ribadisce la esistenza d' una alterazione. Evidentemente il soggetto della frase era ' res '.

Se pertanto il primo membro era costituito dalla cosa fiduciata al creditore, par chiaro che il secondo dovesse esser rappresentato da una cosa commodata. Due elementi soli, quindi, corrispondenti appunto ai due tipi di responsabilità presi in esame. Il testo originario aveva: 'Sive autem fiduciae causa data sive commodata res deterior ab eo qui acceperit facta sit'.

Lo sviluppo della prima fiducia nel pegno induce i bizantini a sviluppar la seconda nell' usuale binomio, senza che essi, troppo frettolosi, s' accorgano come qui al deposito Gaio non poteva punto aver pensato.

✠

Con questi fr. non è esaurita la serie di quelli in cui ambedue le figure contrattuali sono state insieme inserite dai compilatori nel testo classico. Vi hanno altri passi, ove lo stesso fenomeno è riconoscibile, sebbene esso siasi avverato sotto la spinta di tutt'altro concetto. Perocchè non trattavasi più, come nei precedenti, di sopprimere il ricordo d' un istituto caduto in disuso, sostituendogli delle figure ancora in vita quelle che meglio si prestavano a surrogarlo ed a salvar così il testo del giureconsulto; ma, al contrario, d' illustrare ed ampliare una regola con esemplificazione tratta dal vasto campo delle obbligazioni, tra le quali era pur facile incontrarsi, pei molti punti di contatto, nei due contratti di deposito e di commodato.

Quante volte ciò sia accaduto nel corso della compilazione, è malagevole precisare, essendo anche ai classici venute di buon' ora sott' occhio quelle frequenti analogie, che non pur tra il deposito e il commodato, ma correvano altresì tra questi ed altri rapporti contrattuali. Gli è anzi solo in qualche raro caso, che ci è dato di cogliere l' intervento di Triboniano; e ciò non è possibile se non quando altri indizi ci avvertono della sua presenza. Io mi limiterò quindi a citare due soli fr., il fr. 7 § 1 D. 2. 14 e il fr. 38 pr. D. 17. 2.

L. 7 § 1 D. 2. 14. *Ulp. 4 ad ed.*

[Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, *commodatum, depositum* et ceteri similes contractus.]

Il fr. ragiona delle convenzioni che generano azioni, e, com'è noto, è tutto di fattura giustinianea. Lo affermò già il Perozzi [1]), che di recente ha sottoposto a nuova critica il passo, dimostrando con un'acuta e stringente analisi come esso non possa assolutamente appartenere ad un giureconsulto classico [2]). La enumerazione delle varie figure contrattuali, nella quale il commodato e il deposito si trovano messi accanto, è di Triboniano, perchè un classico non avrebbe mai detto che le convenzioni che generano azioni non conservano il nome di *convenzione*, ma assumono un nome lor proprio di *contratto*. Per gli altri motivi, che a questo si aggiungono, si veda il Perozzi.

Come in questo, anche nel secondo fr. noi troviamo, l'uno accanto all'altro, deposito e commodato, invocati insieme con altre figure di rapporti obbligatori ad esemplificazione d'una distinzione dei giudizi di buona fede, in giudizi generali e giudizi speciali:

> l. 38 pr. D. 17. 2. *Paul. 6 ad Sab.*
>
> Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, [sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi)].

Ma anche qui noi ci troviamo di fronte ad un aggruppamento dovuto ai bizantini, perocchè da loro discende quella classificazione di *iudicia b. f.* in *generalia* e *specialia* di cui non v'ha traccia in nessun altro luogo delle fonti. Io ritengo cioè che tutta la frase racchiusa in parentisi costituisca un'aggiunta posticcia di Triboniano al passo di Paolo, che si chiudeva – ed esprimeva completo tutto il pensiero di Sabino – con l'affermazione 'quod Sabinus in omnibus b. f. iudiciis existimavit'. E gli argomenti sono in parte formali, in parte sostanziali.

Viene innanzi tutto in considerazione la costruzione non corretta, e perciò non certo classica, 'sive generalia *sunt* sive specialia'.

[1]) *Studi per Schupfer*, vol. I, p. 173.

[2]) *Le obbligazioni romane*, p. 125, n. 1; p. 49 in nota. Sulla frase pur essa tribonianea 'ceteri similes contractus' v. Scialoja, l. c., e Perozzi negli *Studi per Schupfer*, p. 178, e in *Obbligazioni rom.* p. 115 in nota.

Ma più che altro militano in favore della appartenenza di questa frase ai bizantini il carattere schiettamente scolastico della distinzione e la non corrispondenza degli esempi che per ciascuna delle due categorie il giureconsulto avrebbe addotto. Già è dubbio qual sia il significato proprio attribuito ai due epiteti *generale* e *speciale*, dei quali par d'intendere a prima giunta il senso ed è invece poi estremamente difficile fissare con rigore il concetto tecnico. È generale il giudizio perchè comprende tanti atti diversi e separati, sebbene sia unica l'azione con la quale si risponde? O è più propriamente tale, come dicono gli scoliasti nei Basilici (cfr. Stefano *sch.* τὰς μὲν ad l. 38 pr. D. 17. 2, Heimb. I, p. 744), quello che contiene l'amministrazione di tutti i beni? Pei greci è questo certo il significato. Sono generali queste azioni, dice lo Stefano, perchè il tutore ha l'amministrazione di tutti i beni, perchè il negotiorum gestor deve dell'assente gerir non alcuni ma tutti i negozi, perchè la società si contrae per tutti i beni, salvo che la società non sia per patto costituita limitatamente ad un affare e tuttochè la gestione sia spesso annoverata tra i giudizi speciali se il gestor gerisce l'amministrazione d'un solo negozio. E similmente s'esprimono altri scolî recenziori (cfr. Heimb. I, p. 743, 744). Ma contro questo modo di considerare le azioni di tutela, di società, di gestione sta l'insegnamento di Papiniano, il quale si richiama all'autorità di Sabino e di Cassio, l. 37 pr. D. 26. 7: « Tutorem, qui tutelam gerit, Sabinus et Cassius, prout gerit, *in singulas res* per tempora velut *ex pluribus causis* obligari putaverunt ».

Vero è che, di fronte a quanto qui si dice per la tutela, altri mostra di avvicinarsi al concetto suesposto per la gestione. Scrive Paolo nella l. 15 (16) D. 3. 5: « Sed et cum aliquis negotia mea gerat, non multa negotia sunt, *sed unus contractus*, nisi si ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet: hoc enim casu si nova voluntate aliud quoque adgredi coeperit, alius contractus est ». Ma da ciò discende soltanto che tutto l'insieme degli atti si considera come un atto solo. E d'altro canto se la qualifica di *generalia* si attribuisce ai giudizi che implicano un *gerere negotia*, dovremmo (almeno in molti casi) alla prima e non alla seconda categoria trovare ascritto il mandato. Vani sono gli sforzi del Karlowa [1]) per giustificare tale incongruenza,

[1]) *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 667.

col riportare la distinzione ai modelli di azione proposti nell'editto pretorio, in quanto quelli dell'*actio pro socio* e dell'*a. neg. gest.* si sarebber riferiti alla *societas omnium bonorum* e alla gestione generale degli affari dell'assente, mentre quello dell'*a. mandati* si riferiva al mandato diretto ad un determinato singolo affare. I chiarimenti ch'egli più oltre [1]) sente il bisogno di dare, di fronte alla obbiezione basata sulla preesistenza di una formula pel mandato generale, sono a dir vero inadeguati a sorreggerla; perocchè è difficile ammettere (o quanto meno non è punto provato) che, esistendo nell'albo pretorio le formule delle azioni di società di gestione di mandato concepite siccome generali, fosse agevole adattar poi le formule delle due prime anche alla società e alla gestione particolare, mentre ciò non parve possibile agli interpreti per l'a. mandati, per la quale quindi sorse per tempo accanto alla formula del mandato generale quella del mandato speciale. Resta sempre inspiegato il perchè nell'elenco che Paolo fa delle azioni speciali e generali nel nostro testo, abbia esercitato più influenza la più recente formula del mandato speciale e non invece quella più antica del mandato generale.

Tutto invece riesce chiaro quando si ammette che siamo di fronte ad una classificazione schiettamente bizantina. E così pur si spiega ch'essa non si trovi più in altro luogo accennata. Bastava ai giustinianei l'introdurvela, inserendola a caso nel primo testo che lor si presentava più atto a riceverla: che se per contro essa avesse origini classiche, rimarrebbe pur sempre strano come i giureconsulti non vi sieno mai tornati su, trascurando d'esporre persino il concetto sul quale la volevano fondata [2]).

Una terza categoria di testi è costituita da quelli, in cui una sola delle due figure del binomio è interpolata.

Chi esamini dal lato formale i singoli passi, in cui comparisce l'abbinamento 'depositum vel commodatum' e simili, s'incontra molto spesso in costruzioni insolite, le quali possono tutte in sostanza ri-

[1]) Op. cit. II, pp. 1303, 1304.

[2]) Quanto al principio espresso nella prima parte del testo, cfr. la nota di Paolo al testo papinianeo nel fr. 1 § 2 D. 22. 1 e v. Noodt. *de foen.* III, cap. 11 (*Op. omn.* Lugd. Bat. 1767, I, p. 213) e Cuiacio, *Op. omn.* IV, p. 44.

dursi a due tipi: l'uno che dà la costruzione propria della voce 'commodare' inapplicabile alla voce 'deponere', l'altra che dà quella propria di 'deponere', mentre non s'adatta all'altro termine. 'Res *alicui* commodata vel *deposita*' nel primo caso; '*apud* aliquem res deposita vel *commodata*' nel secondo.

Siffatte costruzioni sono incontestabilmente errate. Ignote agli scrittori classici sì giuridici che non giuridici, l'errore in esse contenuto dipende esclusivamente dal trovarsi accomunati in una medesima proposizione termini richiedenti costruzione sintattica differente.

L'uso del verbo 'commodare' con l''apud' in luogo del dativo di persona non si trova una sola volta in essi; ed è d'altronde spiegabile, chè il 'commodare' non può reggere altro caso, mentre invece l''apud', accennando chiaramente all'idea di un luogo [1]) (il deposito presso una determinata persona, anche quando si pensi a cosa che debba essere, per la custodia, trasportata e continuamente rimossa, s'intende appunto con riferimento a quel luogo in cui è o ha voluto riporla il depositario), escluderebbe spesso il concetto e lo scopo stesso del dare in commodato, cioè la libera disposizione ed amozione, ai fini dell'uso, della cosa commodata.

Nei Digesti essa ricorre invece ben cinque volte [2]), e - si noti - sempre nella formula combinata col 'deponere':

l. 9 D. 6. 1:

... denique ait ab eo, *apud* quem deposita est vel *commodata* ...

l. 1 § 47 D. 16. 3:

... si heres rem *apud* testatorem depositam vel *commodatam* ...

[1]) E l'idea del luogo è infatti quella che predomina nel deposito, perchè il depositare presso una persona significa precisamente depositare in un luogo che questa a ciò destina. Si veda a questo proposito quanto scrive il WINDSCHEID, *Pand.* (trad. it. di Fadda e Bensa) II, 2, § 377, p. 58, n. 1 in ordine alla definizione del deposito contenuta nella l. 1 pr. D. 16, 3: « Ciò non è da intendere nel senso, che il ricevente assuma l'obbligazione di custodire la cosa, di una speciale attività di custodia; egli si obbliga soltanto a concedere il suo luogo allo scopo, che la cosa sia in esso custodita ».

[2]) Anche l'HECK, *Savigny-Stiftung* X, p. 124, n. 2, ha notato la scorretta locuzione, citando però tre soli dei passi che seguono, sicchè mostra di ritener genuini gli altri.

l. 5 § 10 D. 36. 4:

Si deposita res *apud* defunctum fuerit vel *commodata*...

l. 3 § 20 D. 41. 2:

Sed si is, qui *apud* me deposuit vel *commodavit*...

l. 2 D. 46. 1:

... etiamsi *apud* servum vel pupillum depositum *commodatumve* fuerit...

Analogamente si dica dell'uso di 'deponere' col dativo invece che con l'' apud', sebbene qui qualche dubbio possa affacciarsi per taluna testimonianza, che farebbe a prima giunta ammettere la duplice costruzione.

Negli scrittori non giuridici non una sola volta si riscontra la forma 'deponere alicui'. S'incontra essa talora se la voce 'deponere' assume altro significato[1]; non mai quando è impiegata nel significato tecnico di 'depositare', 'dare in deposito'[2]. In tal senso, la sola forma usata è la solita 'deponere apud aliquem'.

Si vedano infatti:

Cic. *de offic.* 3. 25. 94: Si gladium quis *apud te* sana mente *deposuerit,* repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere.

Cic. *ib.*: Si is, qui *apud te* pecuniam *deposuerit*, bellum inferat patriae, reddasne depositum?

Cic. *in Verr.* 6. 12. 29: *apud alium* quoque eas habuisse *depositas,* ne qua invenirentur.

[1]) Così ad es. nel significato di 'scommettere' si legge in Virgilio, *Eclog.* 3, vers 32: 'de grege non ausim quicquam deponere tecum'; o di 'offrire' nella Nov. 34 pr.: 'et communem omnibus deponere medicinam'.

[2]) Nessun caso è registrato nei maggiori lessici: cfr. il *Thesaurus linguae latinae* dello Stephanus, il *Lexicon latinum* del Calepinus con le *Additiones* del Passeratius, i vocabolari del Forcellini-De Vit, del Georges, del Vallauri alle voci 'deponere', 'depositum'. Non ho potuto giovarmi del nuovo *Thesaurus linguae latinae* di Lipsia, ancora incompleto. Similmente pei lessici ed indici giuridici: cfr. il vocabolario del Brissonius, il *Manuale latinitatis* del Dirksen, l'*Handlexicon zu den Quellen des r. R.* dell'Heumann, il *Vocabolario delle costituzioni giust.* del Longo alle stesse voci. Nel *Glossarium mediae et infimae latinitatis* del Du Cange trovo registrata alla voce 'deponere' la locuzione 'deponere alicui' con una citazione dalla *Vita S. Lietberti* ('quibus *ei* suum *deponebat* die noctuque pontificem'), ma anche qui il significato è diverso ('commendare' = 'raccomandare').

Cic. *de leg.* 2. 16. 41: et Alexander in Cilicia *deposuisse apud Solenses* in delubro pecuniam dicitur.

Caes. *de b. gall.* 7. 63: nacti obsides, quos Caesar *apud eos deposuerat*, horum supplicio dubitantes territant.

Caes. *de b. civ.* 108. 6: tabulae testamenti meae per legatos eius Romam erant adlatae, ut in aerario ponerentur - hae cum propter publicas occupationes poni non potuissent, *apud Pompeium sunt depositae.*

Suet. *Oct.* 101: Testamentum . . . factum ab eo . . . *depositumque apud se*, Virgines vestales cum tribus signatis aeque voluminibus protulerunt.

Plaut. *Bacchid.* 2. 3. 72: nos ibi *apud Theotimum* omne aurum *deposuimus.*

Plaut. *Curc.* 4. 3. 3-4: nunc nisi tu propere properas dare iam triginta minas, quas ego *apud te deposui.*

Questa è la costruzione che si ripete costantemente anche nei testi giuridici. Ma in alcuni comparisce invece la errata '*alicui deponere*'. Dei cinque casi che ho potuto raccogliere nelle fonti, tre appartengono a testi in cui l'imperfetta locuzione dipende evidentemente dall'impiego di un unico complemento per le due voci 'deponere' e 'commodare'; e sono tutti testi della compilazione giustinianea:

l. 19 pr. D. 5. 3:
. . . ut res pignori datae *defuncto* vel commodatae *depositaeve.*
l. 5 D. 27. 3:
Si tutor rem *sibi depositam* a patre pupilli vel commodatam.
l. 15 D. 27. 3:
. . . ut in duobus, *quibus* res commodata est vel *deposita* quibusque mandatum est.

In altri due al contrario l'uso del dativo è esclusivo pel 'deponere', che non risulta accoppiato con altro verbo. L'uno è un fr. della compilazione proveniente da Paolo:

l. 20 D. 16. 3:
Si sine dolo malo rem *depositam tibi* amiseris . . .

l'altro è un passo dello stesso Paolo, ma appartenente ad opera genuina:

Sent. 2. 5. 1:
Creditor si simpliciter *sibi pignus depositum* distrahere velit.

Di fronte a quest'ultima testimonianza potrebbe dubitarsi che, se pur non di frequente, la forma in esame siasi talora adoperata dai classici. Ma la conclusione sarebbe affrettata, perchè il passo delle Sententiae è con tutta probabilità corrotto. Come pensa anche l'Huschke[1]), trattasi di una lezione errata per equivoco di copista, che trascrisse per '*positum*', '*depositum*'. Vero è che neppure il 'ponere' si trova usato, nel senso di 'deponere', col dativo[2]). Si cfr. ad es.:

Ter. *Hec.* 4. 2. 8: nunc tibi me certumst contra gratiam referre, ut *apud me* praemium esse *positum* pietati scias.

Plaut. in Priscian. 10. 37 (ed. Hertz, I, p. 528): nunc *apud sequestrum* vidulum *posivimus*

e che là dove apparisce il dativo, l'accezione è diversa, ad es.:

Caes. *de b. gall.* 1. 20: *Dumnorigi* custodes *ponit*, ut quae agat... scire possit.

Tuttavia questa sembra essere la sola spiegazione possibile della forma indubbiamente non dovuta a Paolo, sopratutto se si confronti il passo delle Sententiae con un altro dello stesso Paolo, ove si fanno riscontro le due sole forme sintatticamente corrette, l. 36 D. 12. 6: 'servus... commodavit; is cui commodaverat pignori eam *posuit*[3]) et fugit... respondit, si is qui pignori accepisset magidem alienam scit (scisset?) *apud se* pignori *deponi*, furti eum se obligasse... sed si nescisset alienam *apud se deponi*...'.

Diversa è la spiegazione che deve darsi della l. 20 D. 16, 3. Poichè è affatto da escludere che Paolo abbia scritto 'rem depositam *tibi*', a me sembra più che ragionevole pensare che la locuzione appartenga ai compilatori, i quali nell'escerpire dal libro originale il passo e nel-

[1]) *Iur. anteiust.* ad h. l.

[2]) Si vedano i lessici e i vocabolari citati più sopra alle voci 'ponere' e 'positus'.

[3]) Frequente è l'uso di 'ponere' con dativo di scopo: cfr. ad es. l. 33 § 2 D. 32 'ornamentum *pignori positum*', ecc.

l'accercciarlo, lo avran riprodotto nella sua forma attuale, usi come erano a costruire il 'deponere' col dativo [1]).

Ora, di contro ai testi sin qui citati non son pochi quelli in cui i giureconsulti, pur accogliendo insieme nella stessa frase i due termini, hanno avuto cura di dare a ciascun d'essi un complemento proprio, evitando le notate imperfette costruzioni.

Gai. II, 50:

... nam si heres rem *defuncto commodatam* aut locatam vel *apud eum depositam* existimans eam esse hereditariam ...

Gai. IV, 153:

... per eos quoque, *apud quos deposuerimus*, aut *quibus commodaverimus*...

l. 9 § 1 D. 6. 2 (Ulp.):

Si quis rem *apud se depositam* vel *sibi commodatam* emerit vel pignori sibi datam...

[1]) La forma 'deponere *alicui*' infatti è evidentemente la traduzione della frase greca παραθέσθαι τινὶ, la quale ricorre costantemente nella riduzione greca dei digesti. L'osservazione non è mia, ma dell' Eisele, *Arch. f. d. civ. Praxis* LXXVII, p. 457, n. 74. Si vedano ad esempio in Bas. i seguenti luoghi:

Bas. 13, 2, 1 = l. 1 § 14 D. 16. 3 [Heimb. II, p. 29]: παραθέσθαι σοι = apud te deponere.

ib. = l. 1 § 25 eod. [p. 33]: παρατεθέν μοι = apud me depositum.

ib. = l. 1 § 34, 41, 45 [p. 35, 37, 39]: ἐὰν παράθωμαί σοι = si apud te deposuero.

ib. = l. 1 § 43 [p. 37]: ἐὰν δυσὶ παρατεθῇ = si apud duos sit depositum.

ib. = l. 7 § 2 eod. [p. 43]: οἱ παραθέμενοι αὐτῷ πράγματα = qui res apud eum deposuerunt.

ib. = l. 11 eod. [p. 45]; ἀγνοοῦντί μοι παρέδετο = apud me ignorantem deposuit

e altri numerossimi. Non è convincente l'osservazione dell'Ascoli, *Bull. dell'ist. di dir. rom.*, IV, p. 305, addotta per distruggere uno dei motivi formali di interpolazione della l. 15 D. 27. 3, che cioè qui sia da vedersi una semplice interpolazione voluttuaria, in quanto il giureconsulto avrebbe scritto 'vel apud quos deposita' e i compilatori, abituati alla locuzione greca, avrebbero, cancellando 'apud quos', costruito '*quibus* deposita'. Perchè non fecero essi altrettanto nei numerosi casi in cui la costruzione pura e *più lunga* è tuttora da loro conservata? Nè è lecito attribuire loro il *proposito* di dare al latino dei classici una forma scorretta, quando era loro dinanzi la vera; ma è più logico pensare che dove la menzione del deposito mancava ed essi credevano utile aggiungerla, la inserzione operassero con la locuzione più breve che lor si presentava e la scorrezione in tal modo non avvertissero, nella fretta che li sospingeva, *anche perchè* pensando alla greca, non sentivano subito la sconcezza della corrispondente locuzione latina che, *per effetto dell'aggiunta*, ne veniva fuori.

l. 4 D. 10. 4 (Pomp.):

... nam et cum eo, *apud quem deposita* vel *cui commodata* vel locata res sit...

l. 8 § 7 D. 34. 3 (Pomp.):

Et ei liberatio recte legatur, *apud quem deposuero* vel *cui commodavero* pignorive dedero...

l. 9 § 5 D. 41. 1 (Gai.):

... veluti si rem, *quam commodavi* aut locavi *tibi* aut *apud te deposui*, vendidero tibi...

l. 47 D. 41. 2 (Pap.):

Si rem mobilem, *apud te depositam* aut *ex commodato tibi* (permissam)...

l. 36 pr. D. 41. 3 (Gai.):

... veluti si heres rem *defuncto commodatam* aut locatam vel *apud eum depositam* existimans hereditariam esse.

l. 2 § 1 D. 41. 5 (Jul.):

... et propterea responsum est neque colonum neque eum, *apud quem* res *deposita* aut *cui commodata est*...

l. 1 § 33 D. 43. 16 (Ulp.):

... verum etiam si quae *apud eum depositae* vel *ei commodatae* vel pigneratae...

l 2 D. 43. 32 (Gai.):

... etiam de his rebus, quae non ipsius sint, sed forte *commodatae ei* vel locatae vel *apud eum depositae* sunt...

Ai quali sarebbero da aggiungere ancora i due testi che seguono:

l. 9 pr. D. 45. 2 (Pap.):

Eandem rem *apud duos* pariter *deposui*... vel eandem rem *duobus* similiter *commodavi*

l. 77 (76) pr. D. 47. 2 (Pomp.):

Qui re *sibi commodata* vel *apud se deposita* usus est

se però in essi non dovesse, per altri motivi, riconoscersi la mano dei compilatori.

Se questo è il linguaggio costantemente adoperato dai classici, io credo che una sola deduzione sia possibile: i testi più sopra ricordati, salvo qualche raro caso in cui la scorrezione dipenda da raccorciamento innocuo del testo o da altra circostanza, son tutti inter-

polati; e la interpolazione consiste, normalmente, nella inserzione della figura del commodato nella prima serie di passi, in quella del deposito nella seconda.

L'esame diretto dei singoli testi non dà infatti risultato diverso. E cominciamo con quelli in cui è insiticia la figura del commodato.

L. 1 § 47 D. 16. 3. *Ulp. 30 ad ed.*

Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam [*vel commodatam*] distraxit ignarus depositam [*vel commodatam*], an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: [hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit.]

Il fr. è generalmente riconosciuto interpolato [1]) e annoverato tra quelli in cui il binomio 'dep. vel comm.' sarebbe stato dai compilatori sostituito alla fiducia [2]).

Gli argomenti che si adducono sono, oltre la notata scorrezione, in primo luogo il nesso che lega questo paragrafo ai successivi fr. 2 e 3, i quali par che alla fiducia debbano ricondursi; in secondo luogo la falsità delle conseguenze che sorgono dall'accennata responsabilità pel prezzo in confronto della negata responsabilità per la cosa. Si osserva infatti dal Ferrini, che se di deposito avesse qui ragionato Ulpiano, poichè il depositante può agire con l'*a. depositi* contro l'erede del depositario pel prezzo ritratto dalla vendita e con la *rei vindicatio* contro il terzo acquirente per la restituzione della res, si avrebbe nell'attore un illecito profitto e corrispondentemente un ingiusto danno nell'erede, tenuto per la garanzia evizionale a sborsare una seconda volta il prezzo all'acquirente evitto. Siffatta conseguenza

[1]) Solo il PERNICE, *Parerga* in *Savigny-Stiftung*, IX, p. 227, n. 6, si mostra dubbioso.

[2]) Cfr. FERRINI, *Commodato*, p. 27; BONFANTE, *Ist.* [3], p. 404, n. 1. L'HECK, *Die fiducia c. a. contracta* in *Savigny-Stiftung*, X, p. 124-125, pensa, ma a torto, al *receptum* ('receptam' per 'deposito acceptam'). Il LENEL, *Paling.* II, p. 617, n. 1, invece ritiene il 'vel commodatam' un glossema.

non si avrebbe per contro nella ipotesi della fiducia, perchè il fiduciante, spogliato del dominio, non può più revindicare; bene adunque Ulpiano avrebbe riconosciuto spettargli la sola azione contrattuale per la refusione del prezzo.

Certamente codesta congettura si adatta assai bene alla soluzione che il testo porge. Ma ad ammettere il riferimento alla fiducia sonvi difficoltà, che la rendono poco verisimile.

E invero, tutto il lungo fr. è destinato esclusivamente alla dottrina del deposito; nessun accenno alla fiducia in altro luogo del testo. Come dunque, d'un tratto, Ulpiano sarebbe saltato in fine di esso, a parlar della fiducia, quando sin lì aveva unicamente ragionato di deposito? Il § 47 è il seguito di quanto il giureconsulto ha esposto nei due paragrafi che immediatamente lo precedono. E in essi - non v'ha dubbio - l'istituto che si studia è il deposito. Perocchè, dopo aver ragionato del modo di esercitar le azioni nel caso di più soggetti attivi o passivi, Ulpiano si volge a considerare quelli in cui entri in funzione l'erede dell'uno o dell'altro contraente, studiando nel § 45 l'ipotesi d'una convenzione di restituzione da parte dell'erede del depositario ('*si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas*'), nel § 46 quella d'una convenzione di restituzione all'erede del depositante ('*proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur*'). E la risposta all'uno e all'altro quesito doveva essere duplice, riconoscendosi valida a carico e rispettivamente a favor dell'erede la convenzione, ma altresì possibile nonostante essa l'esercizio dell'azione contro e rispettivamente da parte dell'originario contraente. Solo la seconda tuttavia si enuncia, perocchè è troppo ovvia la prima.

Ora dall'ipotesi fatta nel § 45 il giureconsulto doveva essere naturalmente tratto a considerar quella in cui l'erede del depositario non potesse più restituire per avere in buona fede alienato. Il legame fra i tre paragrafi è così stretto, che l'ultimo deve di necessità ravvisarsi siccome uno sviluppo dei precedenti.

D'altro canto non è esatto che il nesso esistente coi fr. che seguono imponga il riferimento alla fiducia, perchè se il nesso esiste, non è provata l'appartenenza di questi a codesta dottrina. È invece più attendibile la deduzione contraria, che muove da un elemento certo (la menzione del deposito nel § 47) per argomentarne la ma-

teria trattata nei fr. 2 e 3, che di deposito non parlano espressamente; meno assai si raccomanda il criterio opposto, seguito dal Ferrini, che muove invece appunto dall' incerto riferimento di questi per correggere il solo dato sicuro che si abbia. È bensì vero che tanto Ulpiano (l. 30 ad ed.: l'iscrizione '*31 ad ed.*' del fr. 3 è una svista dello scriba; cfr. Lenel, *Paling.* II, p. 617, n. 2) quanto Paolo (l. 31 ad ed.) trattano nello stesso libro e del deposito e della fiducia; ma le probabilità sarebbero, quanto meno, pari. Tuttavia se qualche indizio, sia pur lieve, può trarsi dal tenore dei testi, esso è in favore del deposito, non mai della fiducia. Il fr. 3 infatti richiama in modo singolare, pei termini in cui è concepito, un altro passo appartenente allo stesso libro di Ulpiano, il § 25 della precedente l. 1, che tratta indubitatamente di deposito:

> l. 3 D. 16. 3.
>
> Plane si possit *rem redimere* et praestare nec velit, *non caret culpa*, quemadmodum si *redemptam* vel alia ratione suam factam noluit praestare causatus, quod *semel* ignarus *vendiderit.*
>
> l. 1 § 25 eod.
>
> Si rem depositam vendidisti *eamque postea redemisti* in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia *semel dolo fecisti, cum venderes.*

Le specie sono affatto differenti e le soluzioni quindi non hanno tra loro intima relazione. Ma l' intonazione dei due luoghi si rassomiglia; ed io credo che la frase '*non caret culpa*' - la quale presenta, secondo il Ferrini, qualche difficoltà pel riferimento della colpa al deposito - apparirà naturale data la relazione in cui può venir messa con la equivalente '*dolo malo fecisti*'. Anche qui, come poco oltre (ad es. al § 32) è sempre la stessa questione che Ulpiano esamina, la responsabilità del depositario che per un qualche motivo, giustificato o no. non possa più restituire. Con la l. 5 poi Ulpiano riprende manifestamente il suo discorso sul deposito; non par dunque troppo probabile ch' egli abbia voluto bruscamente interromperlo per passare a tutt' altro argomento.

Ma ciò che più depone contro l' ipotesi della fiducia è, s' io non erro, la frase con cui comincia il § 47: '*quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit*', la quale è ripetuta costantemente in tutti

i testi che trattano della responsabilità del depositario [1]) e male si concilierebbe con l'istituto della fiducia, dove la responsabilità si estende sino al limite della colpa in concreto [2]).

Resta l'obbiezione circa le inattese conseguenze cui menerebbe la soluzione data nella seconda parte del testo. Una congettura eliminerebbe invero ogni difficoltà: supporre cioè esaurito e perfetto il discorso ulpianeo con la decisione 'et quia dolo non fecit, non tenebitur', ravvisando nella chiusa '*de re: an tamen... reddit*' un'aggiunta dei compilatori. Ulpiano sarebbesi limitato a considerare la responsabilità dell'erede in ordine alla cosa, escludendola a cagione della buona fede; e niun cenno avrebbe fatto in ordine al prezzo [3]). Ma la soppressione del brano è sconsigliata dal fatto che nei testi che seguono (fr. 2 e 4) vien continuato appunto l'esame del quesito circa la responsabilità pel prezzo; e sono frammenti per sè stanti, tratti dalle opere di Paolo ed inseriti qui per attrazione del passo di Ulpiano:

l. 2 *Paul. 31 ad ed.*

Quid ergo, si pretium nondum exegit [aut minoris quam debuit vendidit [4])]? actiones suas tantummodo praestabit.

l. 4 *Paul. 5 ad Plaut.*

Sed et si non sit heres, sed putavit se heredem et vendidit, [simili modo lucrum ei extorquebitur].

[1]) Cfr. ad es. l. 1 § 10 D. 16. 3: 'dolum... qui solus in depositum venit'; l. 5 § 2 D. 13. 6: 'merito dolus praestatur solus'; Coll. 10. 2. 1: 'et ibi dolus tantum praestatur'; 10. 7. 6: 'ob res depositas dolus tantum praestari solet', ecc.

[2]) Coll. 10. 2. 2: 'Sed et in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in fiduciae iudicium (iudicio?) et in actionem (actione?) rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit'; l. 22 pr. D. 13. 7 *Ulp. 30 ad ed.*: Si fiducia subrepta (Dig.: *pignore subrepto*) furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, [et est verum,] etiamsi culpa creditoris furtum factum sit et rel. (v. sulle interpolazioni del secondo testo LENEL. *Paling.*, *Ulp.* 902 e *Savigny-Stiftung*, III, p. 108; SCHULTING, *Notae ad pand.*, ad h. l.; FABRO, *De error.*, 81. 4). Cfr. PERNICE, *Labeo*, III, 1, p. 139; BONFANTE, *Ist.*², p. 404.

[3]) Il 'de re' introdurrebbe appunto la limitazione, che la rimanente parte del testo svolge. Ma la interrogazione in forma affermativa: 'an tamen vel de pretio teneatur?' lega male con la soluzione negativa adottata poc'anzi. Ci si sarebbe aspettati piuttosto, data la presenza del 'vel' (che qui significa soltanto 'anche'): 'an tamen vel de pretio *non* teneatur?' Ed è il 'non' caduto? O c'è di più il 'vel'?

[4]) La frase racchiusa in parentesi è sospetta d'interpolazione; cfr. LENEL. *Paling.* Paul. 478 e ZACHARIAE, *Savigny-Stiftung*, IV, p. 56, n. 5.

Tuttavia la mano dei compilatori non dovè rimanere del tutto estranea alla soluzione del quesito. Ha sapore spiccatamente tribonianeo il '*simili modo lucrum ei extorquebitur*' della l. 4, col che par che s'accenni ad una responsabilità non per l'intero prezzo, ma per ciò di cui l'erede si trovi arricchito [1]). E apparisce inopportuna e inutile poi la spiegazione '*hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit*' addotta per giustificare la risposta affermativa data nel § 47: la direi anzi errata, in quanto ricerca a fondamento della responsabilità il dolo, mentre è causa sufficiente il fatto dell'ingiusto arricchimento. Laonde, solo quest'ultimo passo deve considerarsi, a parer mio, di fattura giustinianea.

Ora, se si tolga di mezzo la congettura della fiducia, è manifesto che la figura del commodato apparisce intrusa nel nostro fr.. Di deposito unicamente ha sin lì ragionato Ulpiano; di commodato mai. Il richiamo di questo è inaspettato e per giunta scorretto: si parla di *una* azione ('*hanc* actionem') e le figure contrattuali sono due; si afferma trattarsi di un'actio in cui si risponde soltanto del dolo, e si fa poi lo stesso trattamento al commodato! Non parmi dunque possibile esitazione alcuna nel ritener qui insiticia la menzione del commodato [2]). Nè la difficoltà messa innanzi dal Ferrini costituisce, chi

[1]) Così ad es. intende il fr. in esame il BERTOLINI, *Appunti didattici*, fasc. 3 p. 327, n. 4.

[2]) Il Mommsen ad h. l. suppone che il giureconsulto abbia scritto 'depositam vel *commendatam*' e in questo modo propone di correggere il passo. La proposta non mi sembra però accettabile. È bensì vero che nelle fonti il 'commendare' vien parificato sempre al 'deponere' (è notevole che tutti i testi i quali adoperano questa locuzione, meno due di Ulpiano e uno di Papiniano, appartengono esclusivamente a Paolo) e che lo stesso Paolo (l. 30 ad ed.) detta la regola, l. 186 D. 50. 16: «'*Commendare*' nihil aliud est quam deponere», seguendo le orme di Papiniano, il quale per primo dichiarò la equivalenza dei due termini, in occasione dell'interpretazione di un chirografo ov'era fatto cenno di 'nummi *commendati*', l. 24 D. 16. 3: «Quid est enim aliud *commendare* quam deponere?». Ma poichè appunto l'uno non differisce dall'altro, non accade giammai di trovarli adoperati ambedue, quasi che l'uso dell'uno potesse lasciar dubbiosi circa la specie del rapporto giuridico; cfr. l. 83 (81) D, 36. 1, *Paul. 1 imp. sent.* «... secundas tabulas fecit, quas matri eius *commendavit* aperiendas»; l. 26 pr. D. 16. 3, *Paul. 4 resp.* «Publia Maevia... arcam clusam cum veste et instrumentis *commendavit* Gaiae Seiae et dixit... Defuncta ea intestata desidero res *commendatae* cui restitui debeant...»; *Paul.* Sent. l. 21. 4: «Qui corpus perpetuae sepulturae traditum vel ad tempus alicui loco *commendatum* nudaverit»; 2, 31. 21: «Si rem, quam tibi *commendavi*, postea subripui». In un sol luogo il 'commendare' viene appaiato ad altra locuzione, il '*custodire*', con formula analoga a quella del nostro § 47:

ben guardi, un serio ostacolo pel riferimento del testo alla dottrina del deposito. L'aver Ulp. risoluto affermativamente il quesito circa la refusione del prezzo non implica già che debbansi senz'altro ammettere le conseguenze dal Ferrini poste in luce. Esse si possono ben evitare, quando si rifletta che il complesso sistema delle exceptiones e delle condictiones devea poter fornire tutti gli opportuni rimedi al depositario: fargli conseguire cioè la restituzione del prezzo quando il depositante avesse revindicato, rendergli possibile l'opposizione di una exc. doli contro l'a. depositi intentata pel prezzo se questa si fosse esercitata dopo l'utile esperimento della reivindicatio. Sta in fatto che Ulp. non ne ha parlato: ma ciò perchè il quesito non andava al di là dell'affermazione o meno della responsabilità: uno svolgimento ulteriore dell'argomento (in questo luogo non ritenuto da lui necessario) lo avrebbe certamente condotto ad additare i rimedi, che non mancavano.

L. 2 D. 46. 1 *Pomp. 22 ad Sab.*

[*Et commodati*] et depositi fideiussor accipi potest [et tenetur], etiamsi apud servum vel pupillum depositum [*commodatumve*] fuerit, [sed ita demum, si aut dolo malo aut culpa hi fecerunt, pro quibus fideiussum est.]

l. 14 § 4 D. 11. 7, *Ulp. 25 ad ed.* « Idemque et si quid ad corpus *custodiendum vel etiam commendandum* factum sit ». Ma (se la locuzione è genuina: forse 'commendatum'?) qui non vi ha parificazione, come sarebbe nel § 47 il 'depositum vel commendatum', perchè il 'custodire' costituisce lo scopo e il contenuto del 'commendare' (Paul 2 Sent. [Coll. 10. 7. 4]: « Deponere videtur et is, qui suspectam habens, vel minus idoneam custodiam domus, vel vim latronum timens, apud aliquem rem *custodiendam commendat* »; cfr. l. 1 § 1 D. 16. 3 *Ulp. 30 ad ed.* 'quod *custodiendum* alicui datum est'; lo stesso è detto pel 'servare', Paul. ib. [Coll. 10. 7. 2]: « Servandum est, quod ad breve tempus *custodiendum* datur ») ; e qui si avrebbero due destinazioni diverse e per sè stanti della spesa, il 'custodire' come oggetto di una avvenuta depositio, ed una consegna del corpo allo scopo appunto di 'commendarla'. Cfr. sui medesimi testi, invocati tuttavia per altre ricerche, le osservazioni del Longo, *Dep. irreg.* in *Bull. dell'ist. di dir. rom.*, XVIII, p. 133-134).

Non è dunque affatto probabile che Ulpiano sentisse il bisogno di avvertire, con l'aggiunta di questa parola, che la dottrina da lui insegnata dovevasi applicare tanto alle cose depositate quanto a quelle commendate; ciò che sarebbe ammissibile, se si fosse trattato di un caso pratico da decidere, in cui fosse fatto uso di quel termine, è da escludere qui dove è spiegata la teoria astrattamente e dove la voce 'depositum' non comparisce per la prima volta. Per le stesse ragioni non accedo all'opinione del Lenel, *Paling.* Ulp. 896, che vorrebbe vedervi un glossema.

Una triplice interpolazione avrebbe subito questo fr secondo l' Eisele[1]): la prima nelle parole ' et tenetur ' le quali non sono che una ripetizione di ciò che già è espresso in ' accipi potest '; l' altra nella voce ' commodatumve ', per l'evidente scorrezione che deriva dalla costruzione ' apud s. vel p. commodatum '; l' ultima nella intera frase finale ' sed... fideiussum est ', che contiene una superflua spiegazione del principio innanzi enunciato. E il principio non è che un'applicazione di quello, pel quale ad ogni obbligazione possono accedere fideiussori. Il legame, nella compilazione, è dato appunto dalla precedente l. 1: ' omni obligationi fideiussor accedere potest ' (cf. l. 8 § 1 e 6, l. 16 § 3 D. h. t.). Più intimo è tuttavia quello che il Lenel (*Paling.* Pomp. 689) addita, fondendo in un unico testo questo fr. e la l. 13 pr. D. 12. 6, dove si parla del *fideiussor pro servo acceptus*. Forse anzi dal confronto con questo testo (fideiussor... *acceptus... tenetur*) si potrebbe esser indotti a porre in dubbio l'affermata interpolazione di ' tenetur '. E pure in dubbio altri ha posto quella della chiusa; il Kalb [2]), ad es., sostiene genuino il passo *sed ita demum* et rel. ed avanza l'ipotesi ch'esso possa considerarsi come una spiegazione di Pomponio al testo di Paolo.

Ciò di cui però non si può dubitare è la intrusione di ' commodatum '. Senonchè fa meraviglia come, rilevata questa prima alterazione, non si sia avvertita anche l'altra di ' et commodati ' in principio del passo. Se infatti si sopprime solo ' commodatumve ' come aggiunta estranea al testo classico, è inammissibile che Pomponio scrivesse potersi dare fideiussori *nel deposito e nel commodato*, anche quando *il deposito* sia stato fatto presso il servo o il pupillo. Avrebbe egli dunque negato la regola pel caso in cui il commodato si fosse fatto al pupillo o al servo? Ma nessun motivo giustificava questa successiva limitazione ad un principio, che si dichiarava applicabile ad ambedue le figure di contratto. Anche l' ' et commodati ' è quindi interpolato. E la conferma noi ricaviamo da un canto dalla materia trattata nel libro 22 ad Sab. di Pomponio, ove si trova altre due volte fatto cenno della teoria del deposito (cfr. Lenel, *Paling.* Pomp. 699, 701), dall'altro dalla stessa interpolazione della frase finale. Se questa fosse genuina,

[1]) *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen* in *Savigny-Stiftung*, XIII, p. 131.

[2]) *Jagd nach Interpol.*, p. 12.

certamente un grave ostacolo ad ammettere l'intrusione del commodato si avrebbe nella menzione del duplice limite di responsabilità, entro cui deve contenersi quella del fideiussore, commisurata al dolo o alla colpa; chè la misura del dolo sarebbe stata dal classico indicata appunto pel deposito, quella della colpa pel commodato. Ma è difficile, nonostante il contrario parere del Kalb, negare l'origine bizantina di essa, rivelata anche esteriormente dalle parole con cui è introdotta (sed ita demum). Ed allora se ne spiega anche più chiaramente la presenza. Allargato il discorso dal deposito al commodato, si comprende benissimo come i compilatori sentissero il bisogno di chiarire il contenuto e la portata del 'tenetur': non essendo identico il limite di responsabilità, essi stimano opportuno ricordare che il principio vale anche pel commodato, di cui Pomponio non aveva fatto cenno, ma la responsabilità del fideiussore doversi estendere per questo fino alla colpa, mentre pel deposito si arrestava al dolo.

Gli altri tre dei cinque testi ricordati più sopra non offrono invero, dal lato sostanziale, argomenti solidi che comprovino l'avvenuta alterazione; chè anzi il loro insegnamento apparisce affatto corretto ed esatto l'abbinamento, essendo pur vero che le cose date in deposito o in commodato non appartengono alle *res hereditariae* nè danno luogo a possesso, ma a semplice detenzione:

l. 5 § 10 D. 36. 4. *Ulp. 52 ad ed.*

Si deposita res apud defunctum fuerit [*vel commodata*], locum missio non habet, quia non sunt istae res hereditariae.

Cfr. Gai. II, 50; l. 36 pr. D. 41. 3. *Gai 2 r. cott.* e § 4 l. 2. 6, dove invece le espressioni sono corrette.

l. 3 § 19. 20 D. 41. 2. *Paul. 54 ad ed.*

Illud quoque a veteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse. Sed si is, qui apud me deposuit [*vel commodavit,*] eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui 'ne possidebam quidem.

l. 9 D. 6. 1. *Ulp. 16 ad ed.*

Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa

possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. denique ait ab eo, apud quem deposita *est* [*vel commodata*] vel qui *conduxerit* aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione *esset* vel cui damni infecti nomine non *cavebatur*, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Cosicchè per essi non v'è altro indizio che la scorretta locuzione. Va osservato peraltro, quanto all'ultimo, che in questo un altro serio indizio di alterazione è fornito dalla sorprendente sconcordanza di tempi (*deposita est.. conduxerit... esset... cavebatur*) che si ha là dove, ad esemplificazione della dottrina pegasiana, Ulpiano enumererebbe la serie delle figure di semplici detentori.

Se questa sconcordanza e la scorrezione 'apud quem... commodata' non derivano da maldestri accorciamenti del testo originario, forse tutta intera l'esemplificazione deve attribuirsi ai compilatori. Comunque il testo è da annoverare tra quelli fortemente sospetti [1]).

Dei fr. in cui la forma si presenta scorretta pel deposito, uno (l. 5 D. 27.3) abbiamo già esaminato dimostrando come ambedue le figure contrattuali vi sieno insiticie. Lo stesso deve dirsi della

L. 15 D. 27. 3. *Ulp. 1 disput.*

Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri, nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat. quod si conventus alter [praestitisset, proficiet id quod praestitit ei qui conventus non est: licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus, *quibus res commodata est vel deposita* quibusque mandatum est.]

[1]) Tale lo ritiene anche l'Heck, *Savigny-Stiftung*, X, p. 124, n. 2, il quale pensa piuttosto ad accorciamenti malamente operati dai giustinianei.

Le discussioni cui ha dato luogo questo testo sono state molte e vivaci, essendo esso uno dei luoghi che con vari altri vengono in campo sia per la vessata questione delle obbligazioni solidali e correali nel diritto romano, sia per quella relativa alla consumazione processuale dell'azione e alle innovazioni che alla dottrina dei classici apportò la legislazione giustinianea Il testo stesso è stato da chi ritenuto opera in tutto o in gran parte dei bizantini, da chi strenuamente difeso come genuino Ed il divario è sorto particolarmente in riguardo alla portata che si è ad esso voluto attribuire in ordine alle due teoriche dianzi accennate.

Secondo l'Eisele [1]) il fr. fu largamente interpolato nella sua seconda parte, per far posto alla teorica del diritto nuovo circa la consumazione processuale dell'azione. Tolta alla *contestatio litis* l'efficacia consuntiva riconosciutale dal diritto classico e trasferita questa nel pagamento, i giustinianei modificarono, com'è ben noto, numerosi fr. affermanti l'antico principio per introdurvi la nuova dottrina bizantina ' solutione non litis contestatione consumitur actio '. Alla serie di codesti fr. appartiene il nostro. Il rimaneggiamento sarebbe avvenuto precisamente nel brano ' praestitisset... mandatum est ', ov'è appunto nettamente rivelata la tendenza dei compilatori di sopprimere una teorica non più confaciente alle loro vedute. E lo denunciano, oltre il contenuto sostanziale, il *praestitisset* senza oggetto, la costruzione ' quibus. . deposita ' ed altri segni manifesti della mano dei greci. Sarebbe quindi integralmente di costoro il richiamo delle figure dei due commodatari, depositari e mandatari, dei quali si dice che l'uno resta liberato con la prestazione dell'altro, perchè Ulpiano stesso e in genere tutti i classici danno per questi casi un insegnamento diverso, in quanto riconoscono forza liberatoria alla litis contestatio. Ma, demolito il testo, l'Eisele incontra difficoltà a ricostruirlo nella sua forma originaria. È tribonianea tutta la frase ' praestitisset... mandatum est ' ? o v'ha una parte di essa che deve ritenersi genuina? e quale?

Da questa difficoltà di ricostruzione si sentì più che altro sorretto l'Ascoli [2]) per negare qualsiasi intervento dei giustinianei nel nostro passo. Considerato nella sua attuale dizione invero, esso afferma che

[1]) *Arch. f. d. civ. Praxis,* LXXVII, p. 456.

[2]) *Bull. dell'ist. di dir. rom.*, III, p. 303; cfr. dello stesso autore *Obbligazioni solidali* negli *Studi e doc. di st. e dir.*, XI, p. 178 e segg.

nel caso di più contutori responsabili per dolo ciò che l'uno ha prestato giova all'altro, bastando agli effetti dell'azione di tutela che l'un d'essi soddisfi, tuttochè ambedue siano caduti in dolo e per principio generale ciascuno debba sopportar la pena del proprio dolo: e ciò si dice di più tutori allo stesso modo che deve dirsi di più commodatari o depositari o mandatari. Il principio enunciato sarebbe in sostanza questo: che basta che uno solo paghi, perchè 'il pagamento ha da farsi una volta sola'. Ora che relazione passa – osserva l'Ascoli – tra questo principio e quello della consumazione processuale per effetto della litis contestatio nel diritto antico o del pagamento nel nuovo? ovvero tra esso e quello della responsabilità nelle obbligazioni solidali o correali? Ulpiano non v'ha neppur pensato, chè suo solo intento era di stabilire il principio che in casi siffatti la obbligazione si soddisfa con una sola prestazione. E non se n'è punto preoccupato neppur Giustiniano, pel quale il passo non avrebbe dunque portata maggiore o diversa da quella che aveva nell'opera originaria.

Io non so quanto abbia potuto influire su questo modo dell'Ascoli di considerare e spiegare il testo, la difficoltà ch'egli incontrava nella dottrina da lui sostenuta che cioè tra i casi di correalità con responsabilità solidale non debbansi annoverare le obbligazioni di più tutori e quelle di più depositari. Ma essa, s'io non m'inganno, fu decisiva; ed a torto. Perocchè è impossibile convenire coll'Ascoli, che il passo non abbia alcuna relazione con la dottrina della consumazione processuale e conseguentemente con l'applicazione che qui se ne fa alle obbligazioni solidali. Il significato del testo, nella compilazione giustinianea, è manifestamente non già quello che dall'Ascoli si addita, bensì l'altro fatto palese da tutti quei fr. nei quali, *con analogo linguaggio*, Giustiniano volle introdotta la sua nuova dottrina: doversi cioè la consumazione dell'azione operare soltanto col pagamento [1]).

[1]) Infatti in tutti i luoghi interpolati si adoperano sempre o con prevalenza i termini '*praestiterit*' '*satisfecerit*', che appunto ricorrono nella l. 15; cfr. l. 5 § 15 D. 13. 6 'quare duo quodammodo rei habebuntur et, [si] alter conventus [*praestiterit*,] liberabit alterum'; l. 11 § 1 D. 39. 3 'item si cum uno actum sit [et si (is) *praestiterit*] ceteros liberari'; l. 1 § 13 D. 43. 16 'agi posse Sabinus ait et alterius nomine alteri eximi [sic tamen si ab altero eorum litis aestimatio *fuerit praestita*']; l. 1 § 13 D. 27. 3 'et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus [*praestiterit*']; l. 3 pr. D. 11. 6 'adversus singulos in solidum agi poterit, sed altero convento, [si *satisfecerit*], in alterum actionem denegari oportebit'; l. 1 C. 4. 8 'electionem esse [ac tum demum, si ab uno *satisfactum fuerit*,

E la parificazione dei contutori alle altre figure di obbligazioni solidali, tra cui il commodato e il deposito, ha appunto lo scopo di fermar la norma nuova in sostituzione della antica, che la consumazione faceva operare dalla contestatio litis.

Che quest' ultima sia la dottrina insegnata dai classici tanto pel commodato, quanto pel deposito solidale passivo, risulta in modo indubbio da altri testi indipendenti. Pel commodato è decisiva la

l. 5 § 15 D. 13. 6. *Ulp. 28 ad ed.*

Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam: sed esse verius ait et dolum et culpam et digentiam et custodiam in totum me praestare debere: [quare duo quodammodo rei habebuntur et, *si* alter conventus *praestiterit*, liberabit alterum et ambobus competit furti actio.]

L' interpolazione dell' ultima frase relativa alla consumazione dell' azione per effetto del pagamento è stata già largamente provata [1]). Quanto meno son proprie della mano dei compilatori le parole *si praestiterit*, che introducono il concetto giustinianeo del pagamento. La dottrina classica era con tutta certezza la estinzione dell' azione per effetto della litis contestatio e l' applicazione qui fattane al commo-

ceteros liberari']; cfr. per altre locuzioni l. 8 § 1 D. 30 'cum utro velit, Seius agat, ut, si cum uno actum sit [*et solutum*] alter liberetur'; l. 7 § 4 D. 27. 6 '[*perceptione* ab uno facta] et ceteri liberantur, [non] electione'; l. 4 D. 9. 3 '[*perceptione* non litis contestatione] praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit'. Cfr. su questi ed altri testi consimili e sulla relativa dottrina l' Eisele e l'Ascoli, opp. cit., l'Alibrandi, *Opere*, I, p. 180, il Bonfante, *Ist.*[3], p. 335, n. 1., il Ferrini, *Pand.* p. 558, ecc.

[1]) V. Eisele, *Arch. f. d. civ. Praxis*, LXXVII, p. 435, il quale ritiene vi siano state anche soppressioni prima di 'sed esse verius'; Ferrini, *Commodato*, p. 110 *and*, p. 558, n. 3 Ascoli, *Obblig. solidali*, in *Studi* cit. p. 150.

dato solidale passivo riposava per l'appunto sulla già ammessa responsabilità solidale dei più commodatari. Furonvi sì dubbi in qualche giureconsulto se i commodatari avessero a rispondere per parte; e il testo stesso vi allude chiaramente nel modo in cui pone il quesito. Ma è noto come abbia finito col prevalere la teoria di coloro che li vollero solidalmente responsabili, siccome sostengono qui Celso ed Ulpiano, non contraddetti da quanto si legge nel fr. 21 § 1 D. h. t., sia che si accolga la spiegazione data all'apparente contraddizione dal Ferrini [1]), sia che seguendo il Sorrentino [2]) si vogliano ritenere effettivamente antinomici i due luoghi e riconoscere una interpolazione nelle parole 'pro cuiusque parte' del fr. 21.

Non meno eloquente è, pel deposito, un altro passo dello stesso Ulpiano:

> l. 1 § 43 D. 16. 3. *Ulp. 30 ad ed.*
>
> Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit [nec] liberabitur alter, si cum altero agatur: [non] enim electione, [sed solutione] liberantur. [proinde si ambo dolo fecerunt et alter quod interest praestiterit, alter non convenietur exemplo duorum tutorum: quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur: idemque et si alter dolo non fecerit et idcirco sit absolutus, nam ad alium pervenietur.]

L'Ascoli [3]) nega, contro l'Eisele [4]), che il fr. sia quasi integralmente interpolato, e lo ritiene quindi tutto genuino. La responsabilità solidale dei depositari, su cui qui appunto riposa e la dottrina classica (nella originaria dizione del passo), che dichiarava liberato l'uno tosto che si fosse agito contro l'altro, e la dottrina giustinianea (nella dizione attuale), in quanto la liberazione non si proclama più se non quando l'uno dei coobbligati, convenuto in giudizio, abbia pagato, è da lui recisamente negata. Nè v'ha contraddizione, egli osserva, tra questa dottrina e quella opposta proclamata dalle fonti e relativa alla responsabilità solidale dei commodatari; chè qui essendo il con-

[1]) *Commodato*, pag. 112.

[2]) *La respons. del periculum rei nel comm. solidale* negli *Studi in onore di Scialoja*, I, p. 645 sgg.

[3]) *Bull. dell' ist. di dir. rom.*, IV, p. 292 sgg.

[4]) *Arch. d. f. civ. Praxis*, LXXVII, p. 418.

tratto tutto a favore dei commodatari, è ragionevole che l'uno sorvegli l'altro e risponda anche della minor diligenza del coobbligato, se la cosa comunque non venga restituita al commodante; laddove nel deposito solidale essendo il contratto tutto a favore del depositante e la responsabilità limitata al dolo, non si potrebbe pretendere che del dolo dell'uno abbia a rispondere l'altro [1]). In verità io non so vedere perchè tanta influenza avesse ad esercitare sulla responsabilità degli obbligati la speciale contingenza di fatto, che il deposito non giova al depositario, ma al depositante: un criterio cotesto, si noti bene, che ricorre, sì, frequente nelle fonti per indicare una singolare differenza tra deposito e commodato, ma cui io credo i giureconsulti non abbian dato, ed a ragione, soverchio peso: meno che mai esso poteva poi averne in una questione come codesta della solidarietà, potendo tutt'al più operare per la limitazione del grado di responsabilità. E, d'altro canto, se è vero che il limite è segnato dal dolo, perchè avrebbero dovuto i giureconsulti incontrare ostacolo nell'asserito principio che del dolo dell'uno non debba rispondere l'altro? Non è forse l'assunzione in solido della custodia in un deposito, espressione appunto della volontà delle parti di rispondere solidariamente del dolo?

Ma, quando pure queste ragioni non fossero sufficienti, la prova della riconosciuta responsabilità solidale si trae con tutta evidenza da un altro passo, ove non è punto accenno alla consumazione della azione:

> l. 9 pr. D. 45. 2. *Pap. 27 quaest.*
>
> Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, [vel eandem rem duobus similiter commodavi:] fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: 'Titius et Maevius Sempronio decem dato'.

Tornerò tra breve sul richiamo che è qui fatto, accanto al deposito solidale, del commodato solidale. Per la responsabilità solidale

[1]) *Bull.* cit., p. 297-298.

dei depositari non potrebbe certo essere più esplicita la espressione che Papiniano adopera 'utriusque fidem *in solidum* secutus'. Se il depositante, nel consegnare a due, s'è adagiato sulla *fides* d'entrambi e la fides ha contemplato come solidale, ciò dimostra ch'egli aveva pur diritto di fare assegnamento su una solidale responsabilità loro [1]).

Il fr. 1 § 43 è stato dunque certamente alterato dai giustinianei, che sull'originaria trattazione classica, riferentesi alla formula in factum [2]), vi innestarono la loro teoria. Ma della seconda sua parte ('proinde... pervenietur') non tutto è di Triboniano: sono, a mio credere, residuo dell'antico testo le parole 'exemplo duorum tutorum', delle quali Ulpiano si serviva per parificare la posizione dei due depositari a quella dei contutori. E se pertanto è incontestabile che pei primi il fr. 1 § 43 ci attesta, con l'affermata consumazione pro-

[1]) Si può trarre argomento, e quale, dalle decisioni adottate dalle fonti in ordine alla responsabilità di più eredi? I testi, nel caso di più eredi del depositario nel cui dolo essi succedano (s'intende che se si tratta di dolo proprio degli eredi si ricade nella ipotesi dei due depositari originari) parlano di una responsabilità pro parte. Il SORRENTINO, *La responsab. degli eredi pel dolo del defunto nell'a. depositi nel dir. rom. class.*, Roma, 1903, sostiene invece che il diritto classico avrebbe deciso per la responsabilità solidale. Sarebbero quindi interpolati tutti i passi relativi che esprimerebbero il pensiero bizantino, e cioè il fr. 7 § 1 D. 16. 3 nei brani in cui si accenna ad una responsabilità pro parte ('non solemus teneri nisi pro ea parte qua quisque heres est'), il fr. 9 D. eod. ('pro parte hereditaria agere debeo; si vero ex suo delicto'), il fr. 10 ('qui dolo carent'), il fr. 22 in modo anche più largo e profondo. Se questa dimostrazione deve considerarsi riuscita, sarebbe lecito argomentare dalla solidarietà degli eredi alla solidarieta di più depositari originari, per la quale si deve pur confessare che manca un testo il quale (come pel commodato il fr. 5 § 15 D. 13. 6) ponga *esplicitamente* la questione e la risolva, a meno che non si voglia invocare l'inciso della l. 22 D. 16. 3 '... in solidum conveniri *ac si ipsi servandum suscepissent*'. Ma la responsabilità per parte degli eredi ben può coesistere con quella solidale di più depositari originari: è anzi perfettamente logico che, ammessa questa, non debbasi parimenti ammetter quella, perchè in confronto degli eredi dell'unico depositario entra in funzione la norma generale della divisione delle obbligazioni ereditarie. È questo precisamente il principio che vediamo applicato nel commodato: se più sono gli eredi del commodatario ed il defunto sia caduto in colpa, gli eredi rispondono pro parte, non solidalmente, come afferma chiaramente Ulpiano nella l. 3 § 3 D 13. 6, dove se v'ha interpolazione, essa è nella chiusa 'nisi... conveniat' e mira ad introdurvi il principio della responsabilità solidale (cfr. EISELE, *Savigny Stiftung*, XIII, p. 124; FERRINI, *Commodato*, p. 112). Gli è in questa materia anzi che lo svolgimento delle due dottrine del deposito e del commodato si appalesa avvenuto in modo parallelo ed uniforme.

[2]) FERRINI, *Pand.*, p. 558, n. 3.

cessuale per litis contestatio, la solidarietà, sembra ragionevole dover così conchiudere (anche qui contro l' Ascoli) pei tutori, se pur non vogliasi ammettere che su questo punto vi fu disparere tra gli stessi giureconsulti classici [1]). Parificazione codesta forse tradizionale nelle scuole, la quale si perpetua ancora nel periodo della compilazione, e fa sì che quando si deve illustrare il principio enunciato in materia di tutela, si richiami l' analogo principio del deposito.

Quanto adunque si legge oggidì a proposito di commodato e di deposito nella l. 15 non è che la ripetizione di quello che Giustiniano ha scritto in altri fr. or per l'uno or per l'altro rapporto. Sarebbe sua la parificazione di queste due figure a quella dei tutori, se è vero che su questa forse i classici non erano d'accordo; ed è pur sua la parificazione del deposito al commodato, che qui egli abbina, dopochè già nelle l. 5 § 15 e 1 § 47 aveva separatamente deciso nello stesso senso e pel commodato e pel deposito. Vero è che alla dottrina giustinianea unica pei due tipi di obbligazione corrisponde una, sebbene diversa, dottrina unica dei classici. Sulla base di codesta unità della dottrina classica si potrebbe anzi pensare che verisimilmente la l. 15 nella sua primitiva struttura affermasse che, esercitata l'azione in confronto dell' un dei tutori, non era più lecito agire con l' altro, *allo stesso modo* che nel commodato, nel deposito e nel mandato solidale passivo l' esercizio in confronto dell'uno estingueva l' azione anche nei rispetti dell' altro coobbligato.

Ma la congettura è resa impossibile dalla scorrezione ' *quibus* deposita ' non imputabile ad uno scrittore classico. Cosicchè, quando non si voglia piuttosto pensare ad una semplice interpolazione di ' vel deposita [2]), tutto il passo contenente la parificazione deve considerarsi di fattura tribonianea, non meno per l' abbinamento che vi si vede fatto del deposito e commodato, che per la esemplificazione stessa, tanto cara alla scolastica greca.

[1]) Fondamentale è al riguardo il fr. 18 § 1 D. 27. 6 *Iul. 21 dig.*: « Ex duobus tutoribus si cum altero actum fuerit, alter [non] liberabitur », dichiarato interpolato dall' Eisele, op. cit., p. 451 e difeso come genuino dall'Ascoli, op. cit., p. 299. Il Ferrini, *Pand.*, p. 559, in nota, crede piuttosto che vi fosse antagonismo di scuole tra i classici.

[2]) Ciò non è improbabile; ma avendo a che fare con un testo, del quale molta parte è stata mutata, senza che si possa comunque precisare l'estensione dell'alterazione, è difficile dar la prova della interpolazione per queste due sole parole.

Gli è appunto per ciò che, ritornando sul fr. 9 pr., io temo esservi qui aggiunta la menzione del commodato, nonostante la forma corretta che vi è usata.

Il passo è stato già sospettato nella frase 'sed et ceteris contractibus' [1]) e nella chiusa ov'è fatto cenno del testamento [2]). Ma il sospetto io credo che debba allargarsi. Dire che i due depositari o commodatari sono *rei promittendi*, cioè debitori come in una stipulatio, ed insistere anzi sul concetto, estendendolo ad altri contratti, tra i quali s'include il testamento, è cosa di cui niuno oserebbe incolpare un giureconsulto classico. Ritorna qui quello stesso paragone con i rei promittendi, che s'è visto apparire nella chiusa del fr. 5 § 15 e che giustamente il Ferrini (l. c.) considerò indice sicuro d'interpolazione di quel testo. La stessa serqua di figure obbligatorie, messe insieme alla rinfusa, ha lo stampo delle solite enumerazioni dei bizantini. E, si noti, il testo è anche zoppicante sintatticamente: manca alla frase introdotta dal *quia* nientemeno che il verbo ed il soggetto, sicchè tutti quegli ablativi restan sospesi in aria senza che si sappia da che sien retti [3]). Ora, dato questo largo intervento dei compilatori, io stimo più che fondato il dubbio che anche la frase 'vel eandem rem duobus similiter commodavi' sia estranea al testo classico e vi sia stata inserita per amor dell'abbinamento. E mi induce a ciò la considerazione che nella l. 9 Papiniano s'occupa esclusivamente del deposito solidale passivo, nè più ritorna sulla questione del commodato. Il § 1 infatti continua, collegandosi direttamente con le parole iniziali del pr.: '*Sed* si quis *in deponendo penes duos* paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus inpar suscepta est obligatio'. E prosegue, esaminando altre ipotesi di deposito fatto presso più persone, che assumono per patto responsabilità diversa, ma non preoccupandosi più del commodato, mentre per le due figure era data in principio la regola generale della solidarietà.

[1]) SCIALOJA, *Bull. dell' ist. di dir. rom.*, XIV, p. 10, n. 2.

[2]) PERNICE, *Savigny-Stiftung*, IX, p. 217 n. 2.

[3]) Perciò il MOMMSEN, ad. h. l, propone d'inserire dopo 'commodato' le parole 'duo rei fieri possunt, item'.

Ma in un altro testo è proprio la figura del deposito che i compilatori hanno inserito. È questo il fr. 19 pr. D. 5. 3 ad intendere il quale occorre richiamar la fine del passo che lo precede:

L. 19 pr. D. 5. 3. *Paul. 20 ad ed.*

(l. 18 § 2 eod. *Ulp. 15 ad ed.* Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione. et placuit universas res hereditarias in hoc iudicium venire, [sive iura sive corpora sint,])

et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto vel commodatae [*depositaeve.*] et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae quarum nomine Publiciana competit. sed licet earum nomine, quae commodatae [*vel depositae*] sunt, nulla sit facile actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui.

Il fr. è di quelli che si sogliono addurre in prova del principio che l'*her. petitio* comprende tutte le cose che comunque si trovino nella eredità [1]). Ad esemplificazione dei *corpora* che non sono ereditarii, ma son compresi nella *her. pet.*, vengono citate le cose date in pegno commodato e deposito [2]), aggiungendosi che mentre per le

[1]) Acutamente il Francke, *Commentar über den Pandektentitel de her. pet.*, p. 203 sgg., nota che alla fine del fr. ulpianeo dovrebbe leggersi *res hereditatis* anzichè *res hereditarias,* dando alla prima locuzione il significato di 'cose che si trovano nella eredità', alla seconda quello di 'cose che appartevano al defunto'; chè altrimenti non avrebbe senso la risposta al quesito, venir nella *her. petitio* 'non tantum corpora hereditaria sed et quae non sunt hereditaria', quando già prima Ulp. aveva affermato venire 'universas res hereditarias'. La correzione si raccomanda peraltro soltanto per coordinare i due passi nella compilazione; i fr., sciolti dal nesso che ha loro imposto Giustiniano con l'aggiunta dell'inciso 'sive iura sive corpora sint' (cfr. su questo emblema, Longo negli *Studi in on. di Scialoja,* I, p. 626 e Di Marzo negli *Studi in onore di Moriani,* II, p. 36), avevano un lor significato corretto, così quali sono, nelle opere originarie donde furon tratti.

[2]) Nello stesso senso sono annoverate le cose date in deposito o in commodato al defunto tra le cose non ereditarie, nella l. 36 pr. D. 41. 3 *Gai 2 rer. cott.*: « Potest

prime compete una specialis petitio, per le altre non è facile trovare un' azione apposita, e tuttavia è equo ch'esse sieno restituite. Ora, sebbene nel suo complesso il testo non presenti nulla di irragionevole, io ritengo che il deposito vi sia stato inserito dopo.

La frase che non s' acconcia alle cose depositate è quella dalla quale è fatta dipendere tutta la decisione e che viene da Paolo ripetuta due volte: 'quarum tamen periculum ad heredem pertinet'. È a tutti noto come varia ed oscillante sia da parte dei giureconsulti l'accezione del termine '*periculum*': essa va dalla responsabilità per caso fortuito a quella per dolo e per colpa, anche lieve, dacchè '*periculum*' per se stesso è qualsiasi danno (distruzione o deterioramento) che viene in considerazione quando vi sia alcuno che debba sopportarne l'onere; laonde l'uso di un tal termine non autorizza senz'altro a conchiudere circa il motivo del danno [1]), dovendosi caso per caso ricercare se la responsabilità pel periculum rei riposi sul dolo o sulla colpa ovvero su altre cause che obbligano a sopportare il caso fortuito [2]). Data questa larga e varia significazione di 'periculum', qui potrebbe pensarsi aver Paolo voluto affermare semplicemente questo: che l'hereditatis petitio compete, perchè l'erede risponde delle cose consegnate al defunto ed essendo tenuto a restituirle, è equo che egli possa ripeterle allo stesso modo delle cose proprie della eredità.

Ma contro codesto modo d'intendere il passo, stanno due argomenti di non lieve valore: la diversa interpretazione che alla frase in esame danno gli scoliasti greci e la esistenza di un altro luogo delle fonti affermante un principio affatto opposto.

Secondo Gaio, sono ugualmente *res alienae* le cose date in commodato, in locazione o in deposito; ma solo le commodate o locate 'periculo nostro sunt', non le ultime:

pluribus modis accidere, ut quis rem alienam aliquo errore deceptus tamquam suam vendat forte aut donet et ob id a bonae fidei possessore res usucapi possit: veluti si heres *rem defuncto commodatam* aut locatam *vel apud eum depositam* existimans *hereditariam* esse alienaverit » (= Gai. II § 50, § 4 I. 2. 6) e nella l. 5 § 10 D. 36. 4 *Ulp. 52 ad ed.*: « Si *deposita res* apud defunctum fuerit [*vel commodata*], locum missio non habet, quia non sunt istae res *hereditariae* ».

[1]) Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenr.* I, p. 238 sgg.

[2]) Vedi del resto sulla significazione di '*periculum*' Hasse, *Culpa*, p. 420 e Mommsen, op. cit., ove è raccolta e studiata la maggior parte dei testi.

l. 13 D. 40. 12. *Gai. ad ed. praet. urb.*

Illud certum est damnum hoc solum in hac in-factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit. ideoque licet absolutus hoc iudicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit lege Aquilia agi, cum ea lege etiam culpa teneatur. § 1. Item certum est tam res nostras quam res alienas, quae tamen periculo nostro sunt, in hanc actionem deduci, veluti commodatas et locatas: *certe depositae apud nos res, quia nostro periculo non sunt*, ad hanc actionem non pertinent.

La materia di cui Gaio tratta non ha certo relazione con quella della l. 19, chè egli indaga se in una liberalis causa si debba tener conto anche dei danni che lo schiavo, riconosciuto poi libero, ha prodotto al suo padrone putativo. E risolvendo la questione affermativamente pei soli danni arrecati con dolo (per quelli derivanti da colpa soccorre l'a. legis Aquiliae), applica la soluzione tanto alle cose di spettanza del padrone, quanto alle aliene, ma che tuttavia 'periculo eius sunt'. E da queste esclude espressamente le cose presso di lui depositate, dacchè desse 'nostro periculo non sunt'. Il Mommsen [1]) ha creduto poter togliere forza a questo fr., osservando che mentre nella l. 19 pr. è presupposto il dolo o la colpa lata del depositario, nella l. 13 viene in considerazione invece un danno che ha arrecato lo schiavo, del cui dolo (o colpa lata) non può essere responsabile un altro. Ma se fosse questo il motivo, perchè non dovrebbe esso valere anche per le cose date in commodato o in pegno? Anche qui il dolo (o la colpa lata) non è d'altri? O basta forse a rendere pur di esso responsabile un terzo, il fatto che per tali cose v'ha nel commodatario o pignoratario quella utilità che manca al depositario? La dichiarazione recisa, e senz'altra motivazione, di Gaio non mi pare che consenta conciliazione alcuna con la opposta affermazione di Paolo [2]).

A questo argomento si aggiunge quello pôrto dalla interpretazione che i greci danno alla l. 19. Il 'periculum' implica, quando sia applicato a rapporti così diversi, una diversa significazione, corrispondente alla diversa intensità di responsabilità che si verifica in essi:

[1]) Op. cit., I, p. 239, n. 10.

[2]) Si veda del resto sul fr. HASSE, *Culpa*, p. 421 in nota.

si risponde sino alla colpa lieve nel commodato e nel pegno, non si va oltre il dolo nel deposito, e giammai sino al caso fortuito. Significava dunque qui 'periculum' la perdita derivante da dolo nel deposito, quella derivante da dolo o da colpa nel commodato e nel pegno? Ad essi non parve possibile intenderlo in un modo, se riferito al deposito, e in un altro se riferito al commodato e al pegno, perchè – sebbene il giureconsulto non mostri punto d'accentuare il motivo del danno, ma soltanto il rapporto di efficienza che v' ha tra la responsabilità dell' erede per siffatto titolo e la estensione dell' her. pet. a quelle cose di cui egli risponde, fondandola specialmente per le ultime sull'aequitas – tuttavia non si trova mai alcun passo in cui quel termine sia nella stessa frase adoperato con una plurima significazione. I bizantini quindi si sforzarono di ricercare un caso in cui il periculum potesse a tutti quei rapporti riferirsi con significazione unica. Ed essendo il divario dato dal diverso limite di responsabilità tra le cose date in commodato o in pegno e quelle date in deposito, immaginarono che relativamente a queste ultime fosse intervenuta, per via di patto, una convenzionale assunzione del 'periculum' da parte del depositario. Così spiega lo Stefano:

Bas. 42. 1. 19 sch. 2 [Heimb. IV, p. 204]

καὶ παρετεθέντος] Περὶ τοῦ δεποσίτου τότε νόησον, ὅτε ἰδικῶς ὁ δεποσιτάριος συνεφώνησε κινδυνεύειν αὐτὸν ἐπὶ τοῦ δεποσίτου. [Hoc de deposito *tunc* intellige, cum depositarius specialiter pactus est, ut ad se rei depositae periculum pertineat.]

Che Stefano alludesse all' 'omne periculum', alla assunzione cioè di una responsabilità illimitata per qualsiasi causa, è da escludere, perchè con ciò si sarebbe per altra via ristabilita la differenza di significazione del 'periculum' in ordine alle cose commodate o date in pegno, per le quali puranche la responsabilità è limitata [1]). Si deve

[1]) E ciò a prescindere dalla questione se avesse efficacia nel diritto classico il patto in virtù del quale il depositario si accolla l'onere del periculum. Secondo il Di Marzo, *Note critiche a proposito della l.* 7 § *15 D. 2. 14* nel *Vol. in onore di Lilla*, p. 159 sgg. sarebbero interpolati la l. 7 § 15 D. 2. 14: 'Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium (non) valet pactum. item si quis pactus sit, ut ex causa depositi *omne periculum* praestet, Pomponius ait pactionem [valere nec] quasi contra iuris formam factam non esse servandam'; l. 5 § 2 D. 13, 6: '... dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: [nisi forte et merces accessit (tunc enim,

dunque pensare alla assunzione di una più larga responsabilità, che giungesse sino ai limiti della colpa, corrispondentemente alla responsabilità del commodatario o pignoratario. E questa certo poteva aversi oltre che per una esplicita convenzione (l. 1 § 6 D. 16. 3 *Ulp. 30 ad ed.* 'Si *convenit* ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: [contractus enim legem ex conventione accipiunt'] [1]), anche per effetto di uno speciale elemento di fatto che rende sempre possibile di ricondurre, sia pure indirettamente, alla volontà stessa l'assunzione della maggiore responsabilità, come ad es. l'offrirsi del depositario (l. 1 § 35 D. *eod.* 'Sed et si se quis deposito *obtulit*, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos' [2]). Ma contro la spiegazione dello Stefano sta la circostanza che nella l. 19 non si trova il più piccolo accenno a tali contingenze di fatto o pattuizioni speciali: e l'immaginar quel patto è aggiungere cosa che nel testo non è scritta.

Il solo modo di interpretare il 'periculum pertinet' con unico valore, comune a tutti i rapporti ricordati nel testo, sarebbe quello d'ammettere riferito il 'periculum' al caso di dolo, dacchè per questo si ha identica responsabilità. Ma ognun vede che, ristretta entro sì angusti confini [3]), la norma dettata da Paolo, perde la portata gene-

ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur'], cfr. Eisele, *Savigny-Stiftung* XI, p. 26; l. 1 § 35 D. 16. 3: 'Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: [ut puta si hoc nominatim convenit]; l. 1 C. 4. 34: 'Si incursu latronum [vel alio fortuito casu] ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit, qui dolum [solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit], praestare debuit, non pertinet' = Coll. 10. 8. 1; l. 39 D. 17. 1: 'Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione [deponi mandatumque] suscipi, ut res periculo eius sit qui depositum mandatumque suscepit; quod et mihi verum esse videtur'. Il Pernice, *Labeo* III, 1, p. 31, n. 2 e p. 139, n. 2 pensa piuttosto ad un '*fiduciae causa suscipi*',

[1]) La chiusa è tribonianea; come l'analoga frase della l. 23 D. 50. 17; cfr. Pernice, *Labeo* III, 1, p. 23, n. 4; Perozzi, *Obblig. rom.* p. 35 in nota.

[2]) La frase 'ita tamen ... fortuitos' è ritenuta emblematica dell'Eisele, *Savigny-Stiftung* XVIII, p. 20-21. Cfr. sul testo Ferrini, *Commodato*, p. 84 in nota. Interessante è il confronto col caso analogo, in materia di negotiorum gestio, contemplato dalla l. 54 (53) § 3 D. 47. 2, che peraltro nega l'actio furti a colui che si offrì, sebbene la cosa sia perita per sua colpa.

[3]) Tanto angusti che dovrebbe ridursi ai casi di puro dolo, se è vero, come credo, ciò che ha dimostrato il De Medio, *Studi sulla culpa lata in dir. rom.*

rale che indubbiamente deve avere: il fr. annunzierebbe una norma universale, che il giureconsulto avrebbe invece ammesso soltanto in casi del tutto particolari.

Quella contrapposizione del resto, che nella l. 13 abbiam veduto fatta tra le cose commodate o locate e le cose depositate, si riscontra anche altrove ripetuta; in un passo di Ulpiano sono a queste contrapposte le cose commodate locate o date in pegno:

> l. 14 § 16 D. 47. 2. *Ulp. 29 ad Sab.*
>
> Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones (*actionem? Mo.*) competere: condictio autem ei demum competit, qui dominium habet.

Il motivo della concessione dell'a. furti, che è data al commodatario [1]), ma rifiutata sempre al depositario [2]), risiede in ciò che nel primo v'ha un interesse, il quale manca nel secondo. E l'interesse sta a sua volta in ciò che il commodatario, in quanto è tenuto fino alla colpa lieve, può esser dichiarato responsabile del furto, poichè, secondo il trattamento che ne fanno le fonti, è ' quasi inescogitabile ' [3]) un furto senza colpa del commodatario. Un tale interesse può esser sì creato artificialmente nel deposito, mediante l'assunzione convenzio-

in *Bull. dell' ist. di dir. rom.* XVII, p. 24 sgg. essere ignota al diritto classico la equiparazione della culpa lata al dolo. Quando infatti si eliminino, siccome alterati, i testi che affermano potersi incontrare responsabilitá anche per grave negligenza (l. 32 D. 16. 3 [nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat]. [nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit], cfr. anche Lusignani, *Custodia* II, p. 108 e Pernice, *Labeo* II, 2 p. 202, 215; l. 1 § 5 D. 44. 7 [magnam talem neglegentiam placuit in doli crimine cadere] = § 3 I. 3. 14, cfr. anche Pernice, *Labeo* II, 2, p. 214; l. 1 C. 4. 34 [solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit]; l. 11 D. 16. 3 [hoc est, ut nec culpae quidem suspicio sit] cfr. anche Pernice, *Labeo* II, 1, p. 171 n. 1 e II, 2 p. 215 e Eisele, *Savigny-Stiftung* XI, p. 6) non resta che la lunga schiera di quelli nei quali su tutti i toni si ripete non doversi rispondere che del dolo (cfr. l. 3 § 1 D. 4. 9; l. 16 D. 13. 1; l. 5 § 2 D. 13. 6: l. 6 eod.; l. 1 § 8. 9. 10. 47 D. 16. 3; l. 13 pr., l. 17 § 2. 20 D. 19. 5; l. 14 § 3 D. 47. 2; l. 1 § 5 D. 44. 7 = § 3 I. 3. 14; l. 23 D. 50. 17; l. 1 C. 4. 34; Coll. 10. 2. 1; 10. 3 e 5; 10. 5. 1; 10. 7. 6; Gai. III, 207 = § 17 (19) I. 4. 1. ecc.).

[1]) Cfr. Gai. III, 206; Coll. 10. 2. 6; l. 14 § 10 D. 47. 2; l. 15 § 2 D. eod.; l. 60 (59) D. eod.; l. 48 § 4 D. eod.; l. 20 D. 13. 6; l. 22 C. 6. 2; § 13-16 I. 4. 1.

[2]) Cfr. Gai. III, 207; Coll. 10. 2. 6; l. 14 § 2. 3 D. 47. 2; l. 2 § 23 D. 47. 8; § 17 I. 4. 1.

[3]) Così il Ferrini, *Commodato*, p. 93; cfr. p. 98.

nale della colpa, ma normalmente fa difetto, ed è perciò che a lui non si concede l'a. furti [1]). Tuttavia non basta un interesse qualsiasi: come nel commodato esso vuol esser proprio quello che si fonda sulla possibilità del dover rispondere al proprietario, così nel deposito non un altro qualsiasi interesse gioverebbe al depositario [2]).

[1]) È questo il motivo su cui insistono i testi citati nelle note precedenti,

[2]) Ciò esprimono incisivamente Modestino nella Coll. 10. 2. 6: « Res deposita si subripiatur, dominus dumtaxat habet furti actionem, *quamvis eius apud quem res deposita est, intersit*, ob impensas in rem factas rem retinere », e Ulpiano nella l. 14 § 3. 4 D. 47. 2: « Is autem apud quem res deposita est, videamus an habeat furti actionem: quid enim eius interest si dolo careat? quod si dolo fecit iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem. Iulianus quoque libro vicensimo secundo digestorum scribit: quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius nomine furti agere possit, cuius ipsi fures sunt, *non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius esse res coeperit* [qui eam contrectavit], » Sull'emblema delle ultime parole chiuse in parentesi v. PAMPALONI, *Studi Senesi* X, p. 112 e FERRINI, *Commodato* p. 58 n. 1.

Interessante è a questo riguardo il confronto con la dottrina dell'a. vi bonorum raptorum e la sua applicazione alle cose ricevute in deposito. Il testo fondamentale è la l. 2 § 22-24 D. 47. 8 *Ulp. 56 ad ed.*: « § 22 'In hac actione non utique spectamus rem in bonis actoris esse: sive in bonis sit sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit. quare sive commodata res sit sive locata sive etiam pignerata proponatur *sive deposita apud me sic, ut intersit mea eam non auferri*, sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam vel quod aliud ius, ut intersit mea non rapi: dicendum est competere mihi hanc actionem, ut non dominium accipiamus, sed illud solum, quod ex bonis meis, hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur. § 23. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in rem clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem. dicet aliquis: *adquin ob rem depositam furti actionem non haberemus. sed ideo addidi 'si intersit nostram non esse raptam'*: nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromissi [vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi]. § 24. [Utilius dicendum est etsi cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem, quia non minima differentia est inter eum qui clam facit et eum qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publicet et crimen etiam publicum admittat. Si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem] ». Esso costituisce il commento alla parola 'bona' della formula dell'a. vi bon. rapt., ed è evidentemente la fonte donde è tratto il § 2 I. 4. 2, che a prescindere da modificazioni più lievi e di pura forma, se ne discosta: 1) per aver soppresso tutto ciò che è detto nel § 24; 2) per aver ridotto i due casi in cui anche al depositario può spettare l'a. furti (§ 23) ad uno solo, che viene trasportato all'inizio del discorso. Il pensiero espresso nel fr. è il seguente: L'a. furti spetta al depositario eccezionalmente, quando egli abbia quell'interesse specifico pel quale potrebbe esser tenuto come lo è in via normale il commodatario. Tipo di un tale interesse è quello che s'ha nell'assunzione di colpa; ogni altro è insufficiente. Al contrario,

Ora, sebbene il principio espresso dal testo del fr. 19 sia logicamente applicabile anche alle cose depositate, non potendo dubitarsi che anche per queste sia lecito esercitare la petitio hereditatis, purtuttavia data e la costruzione scorretta 'res... defuncto... depositae' e, quanto meno, l'ambiguità della frase 'quarum periculum ad heredem pertinet', che men facilmente s'adatta nel suo significato tecnico predominante al deposito, io ritengo che nel testo originario mancassero le parole 'depositaeve', 'vel depositae'. Furono i compilatori che ve le aggiunsero, tanto più che essi dovevano tener presente la nota costituzione giustinianea allora appunto emanata per riformare e dare assetto a varii punti della materia della her. petitio (l. 12 C. 3. 31), nella quale tra l'altro era scritto (§ 1 a): 'Sin autem ex contractibus defuncti agatur contra possessorem hereditatis vel eius rei de qua

nella rapina, il depositario ha l'azione relativa anche quando non v'abbia quell'interesse specifico: non esser dunque necessario ch'egli abbia promesso la colpa, ma bastarne uno anche minimo. Questa è precisamente la portata del § 24, che non s'intende se non si tien conto delle due ipotesi fatte nel § 23 in ordine all'a. furti: perocchè quivi si dice che, come nel caso di promessa della colpa o di accettazione del pretium depositi spetta al depositario l'a. furti, così in questi stessi casi gli spetterebbe nella rapina l'a. vi b. r.; e nel paragrafo susseguente si aggiunge che non solo in tutti i casi in cui spetti l'a. furti compete la bon. rapt., ma anche in altri, in casi cioè in cui l'interesse del depositario non sarebbe sufficiente a generar quella ed è invece bastevole a generar questa.

Io credo innanzi tutto che il secondo caso del § 23 sia un'invenzione dei compilatori. Che cosa è mai il 'pretium depositionis' che però non sia 'quasi merces'? Se è mercede, non si ha più deposito ma locazione o altro rapporto (l. 1 § 8. 9 D. 16. 3); e se non è mercede, che cosa significherà essere *quasi* mercede? Il DERNBURG, *Pand.* (trad. it. di CICALA) II, p. 371, n. 5 spiega il testo osservando trattarsi qui di un indennizzo di spese, di un onorario; cfr. UNTERHOLZNER, *Oblig.* II, p. 661. A me par troppo forte l'analogia che corre con la frase della l. 5 § 2 D. 13. 6 '*nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur)*' dove il 'merces accessit' è indubbiamente giustinianeo (v. n. 1 a p. 66), e troppo contraria allo spirito classico questa indeterminatezza di concetto che è data dal 'quasi', per poter ammettere la genuinità della frase. Molto più preciso è il concetto quando si dice (l. 1 § 9 cit.) che non v'è deposito se, depositato il servo, si pattuisce di compensare colle *operae* di questo la custodia che il depositario deve prestare, e che v'è deposito se tutto si limitò alla somministrazione dei cibi pel servo depositato, perchè si ammette che vi fu vera e propria merces nella prima ipotesi, non ve ne fu nella seconda. Lo stesso si dica della l. 52 pr. D. 24. 1 ov'è fatta l'ipotesi di un deposito stimato per una somma inferiore, allo scopo di nascondere una donazione tra coniugi, e dove parimenti esula il concetto di mercede. E perchè poi dovrebbe esser concessa l'a. furti se vi fu 'pretium depositionis'?

Ma anche tutto il § 24 mi sembra di fattura giustinianea. Che il fatto della

agitur, *si quidem res sint vel depositae vel commodatae vel pignori datae vel aliae quae extant*, non differri sub praetextu hereditatis petitionis memoratum iudicium, quaemadmodum, si pro fenerata pecunia vel alia personali actione agatur contra possessorem vel petitorem, non debet iudicium differri, sed exitum suum accipere' (cfr. anche § 1: 'alius autem superveniens *vel ex deposito vel commodato* vel legato vel ex fideicommisso vel ex aliis causis...').

Non sempre però dove una delle due figure fu per interpolazione inserita, il testo si presenta scorretto: ve n'hanno di quelli in cui la forma apparisce rispettata, ma altri elementi tradiscono la mano dei compilatori.

concessione dell'*a. vi b. r.* a coloro che detengono la cosa altrui e non rispondono al di là della culpa levis, sia per sè sorprendente, non può negarsi, quando si rifletta che la rapina è parificata sempre nelle fonti al naufragio, all'incendio e agli altri damni fatales, di cui non si risponde (cf. l. 23 D. 50. 17). Occorre quindi pensare ad un caso eccezionale; e a questo ricorse il FERRINI (*Commodato*, p. 92, n. 2, p. 97, n. 2) pel commodato, immaginando formulato qui un caso di rapina avvenuta con colpa del commodatario. A questa situazione di lui corrisponderebbe quella del depositario che ha promesso la colpa. E fin qui nulla di illogico. Ma ecco sopraggiungere con l'' utilius dicendum est' una modificazione alle regole esposte prima. La rapina, come caso di forza maggiore (v'è qui la vis cui non si può resistere) genera, si dice, in modo molto men rigoroso che non sia il furto l'azione a favor di coloro che detengono: sicchè al depositario, che per l'a. furti ha bisogno d'un interesse determinato, basta un interesse anche minimo per la *b. rapt.* E la ragione risiederebbe nella *non minima* differenza che intercede tra i due delitti, pubblicità nell'uno, clandestinità nell'altro. Veramente non si comprende come possa influire la natura del reato sulla maggiore o minor responsabilità del depositario, se in questa va ricercata la causa della concessione dell'actio. Come mai gli è proprio pel depositario, tenuto normalmente pel solo dolo, che si afferma, o almeno si presuppone, una responsabilità maggiore e di fronte a un fatto, quale la rapina, di cui in via ordinaria non si risponde nei contratti? Vi sono nel § 24 anche indici esterni che autorizzano ad assegnarlo a Triboniano. Nel corso di poche righe Ulpiano avrebbe tediosamente ripetuto tre volte la stessa espressione: *dicendum est competere..., et generaliter dicendum est... utilius dicendum est.* E sono spiccatamente bizantini tanto il *non minima* quanto il *vel modice docebit.* Eliminato il § 24, resta la dottrina classica che ravvicina sovente l'a. furti alla vi bon. rapt.; e s'intende pur la correttezza dell'avvicinamento del deposito con responsabilità più larga in conseguenza dell'assunzione della colpa ai rapporti di commodato locazione e pegno.

Vengono qui innanzi tutto due passi di Pomponio, appartenenti ambedue al libro 38 dell'opera ad Q. Mucium, i quali sono con tutta evidenza frammenti spezzati d'un unico testo originario; e giustamente infatti li raccoglie insieme il Lenel (*Paling.* Pomp. 321):

> l. 16 D. 13 1. *Pomp. 38 ad Q. Mucium.*
>
> Qui furtum admittit [*vel*] re[*commodata vel*] deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione [commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et] in depositi non ultra dolum teneatur is, cum quo depositi agetur.
>
> l. 77 (76) pr. D. 47. 2. *Pomp. 38 ad Q. Mucium.*
>
> Qui re sibi commodata [*vel apud se deposita*] usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. [sed nec depositi ullo modo tenebitur:] commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.

La dottrina che qui Pomponio svolge, in ordine al furto d'uso commesso dal commodatario o dal depositario, era stata già, ma più succintamente, insegnata da Quinto Mucio, siccome ci è attestato da Aulo Gellio:

> Noct. Att. 6 (7). 15. 2. Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit [1]).

Com'è noto, al tempo di Pomponio è già avvenuta la trasformazione terminologica dei due istituti e dall'*utendum*, *servandum dare* si è definitivamente passati al *commodare* e *deponere* [2]). Non deve dunque sorprendere di trovare nel commentatore adoperati quei termini, che ormai eran divenuti tecnici per designare i due rapporti. Quel che sorprende invece è la manifesta improprietà con cui Pomponio si esprime per caratterizzare il furto nell'uno e nell'altro. Nel primo fr. si afferma infatti che si rende responsabile di furto il *commodatario*

[1]) Cfr. BREMER, *Jur. antehadr.* I, p. 97; LENEL, *Paling.* Q. Mucius 11.

[2]) Cfr. KARLOWA, *R. Rechtgesch.* II, p. 601.

o depositario che *fa uso* della cosa; nel secondo si presuppone la identica responsabilità nel commodatario o *depositario* che *usi* della cosa *in modo o a scopo diverso* da quello pel quale fu data. Stando alle parole di Pomponio, la duplice affermazione porterebbe nientemeno a questo mirabile risultato: 1) che commette furto il commodatario il quale faccia uso della cosa commodatagli (fr. 16: *qui furtum admittit... re commodata... utendo*); 2) che il depositario possa far uso della cosa datagli in custodia e che commette furto se ne usi in modo difforme da quello stabilito (fr. 77: *qui re... apud se deposita usus est aliter atque accepit*). E queste eresie avrebbe insegnato Q. Mucio Scevola! [1]).

Il passo della sua opera conservatoci da Gellio sta là invece a provarci la correttezza con la quale egli aveva formulato il duplice principio: l'elemento di abuso che genera la responsabilità per furto veniva da lui concisamente indicato con l'uso pel *servandum dare*, con l'uso diverso dal convenuto per l'*utendum dare*. Ora, è possibile ammettere che Pomponio, innanzi a cui stava un testo così correttamente concepito, lo corrompesse, per commentarlo, in modo cotanto grave e volgare?

Il Lenel nei due testi si limita ad eliminare la parola *depositi* della l. 16 (cum quo [*depositi*] agetur), ritenendolo una glossa. Il guasto è, a mio avviso, assai più profondo e nell'uno e nell'altro, sebbene in misura maggiore nel primo; e deriva dai compilatori, che hanno inserito di sana pianta la menzione del commodato nella l. 16, quella del deposito nella l. 77.

Se infatti nel fr. 77 si cancellano le parole '*vel apud se depositi*' '*sed nec depositi ullo modo tenebitur*', il ragionamento procede limpido e senza difficoltà; perocchè difficoltà produce l'accenno al deposito. Pomponio (e. fors'anzi, già Q. Mucio) [2]) si propone il problema

[1]) Dovunque infatti si parla di abuso del commodatario, il concetto è reso costantemente con la frase 'usus est aliter atque accepit', nè questa ricorre giammai pel deposito; cfr. l. 5 § 8 D. 13. 6: « Quin immo et qui *alias* re commodata *utitur* »; « etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam *aliter* re commodata *usus es*, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento *aliter quam commodatum est utitur*, furti tenetur »; Gai. III, 196 « et si quis utendam rem acceperit, eamque *in alium usum transtulerit* »; 197 « qui rebus commodatis *aliter uterentur quam utendas accepissent* ».

[2]) Il Pernice, *Labeo* II, 2 p. 156 ritiene arduo lo stabilire se Q. Mucio ne avesse ragionato.

se contragga responsabilità, e quale, il commodatario che usi diversamente della cosa, quando egli ritenesse non vietato dal domino l'uso diverso E decide risolutamente che debba escludersi la responsabilità per furto Potrebbe peraltro sorger quella dell'*actio commodati*? La risposta, a questo punto, non poteva evidentemente essere unica e decisiva. Intervenendo qui un errore del commodatario, in quanto egli stima di fare un uso non vietato dal proprietario, il giureconsulto decide doversi indagare se, date le contingenze di fatto, fosse lecito al commodatario presupporre il permesso del domino per un uso difforme da quello stabilito. E naturalmente la soluzione deve concepirsi siccome affermativa per la responsabilità nel caso in cui quella existimatio fosse infondata. La colpa, che il giureconsulto qui invoca come criterio per la soluzione, 'sta appunto (scrive il Ferrini) [1]) nell'esporre la cosa a possibili evenienze dannose contro la presumibile volontà del concedente. Ora tale colpa svanisce, quando invece tutte le circostanze farebbero supporre anche all'uomo prudente, che il concedente acconsentirebbe a tale uso' [2]).

Questo è il significato del fr. fatto palese dalle espressioni adoperate, per quanto attiene al caso del commodato. Nè a me sembra necessariamente indispensabile immaginare tale decisione profferita in rapporto alla responsabilità pel caso fortuito, siccome vuole il Ferrini. Il quale vi fu indotto forse dall'accenno che all'*interitus rei* si fa nel fr. precedente; per modo che, a suo giudizio, la decisione sarebbesi da Pomponio adottata avendo in mira la ipotesi che la cosa sia in conseguenza dell'uso nel deposito, dell'uso disforme nel commodato, perita La congettura è pur possibile, ma, dicevo, non necessaria, tanto più se, come accennerò tra breve, sia dubbia la genuinità del passo '*commodati... culpam et*' nella l. 16. Ed io ritengo anzi, che la discussione e la soluzione del quesito sieno indipendenti da quel presupposto, essendosi Pomponio, sulla guida di Q. Mucio, limitato ad indagare obbiettivamente se debba il commodatario, che credè non vietato l'uso disforme, rispondere comunque della infrazione con

[1]) *Commodato*, p. 59.

[2]) Tutt'altro aspetto della questione è quello in cui si consideri obbiettivamente lo sconfinamento del commodatario dai limiti delle facoltà contrattuali concessegli. Col Ferrini (ib.) si deve ammettere, che sempre spetti al proprietario l'azione contrattuale per ottenere dall'altro quanto egli ha lucrato per effetto dell'eccesso d'uso. Si veda sul testo anche il PERNICE, l. c.

l'azione contrattuale, dal momento che si esclude la figura del *furtum usus.*

Applichiamo ora il ragionamento del giureconsulto all'ipotesi del deposito. E si dovrà innanzi tutto correggere la premessa fermandoci al semplice '*usus est*', essendo illogico l'ammettere qui l''*aliter atque accepit*'. Il depositario, direbbe Pomponio, non sarà tenuto pel furto. E non risponderà neppure, aggiungerebbe, in alcun modo con l'azione di deposito. Or come ciò è mai possibile? Com'è, in altri termini, concepibile che il depositario immaginasse consentitogli dal domino l'uso? Ma qui la buona fede, l'errore, che nel commodatario può apparire scusabile, è del tutto inammissibile, perchè non si concilia con lo scopo che il negozio si propone l'uso della cosa affidata in semplice custodia.

Già, in via generale, è da escludere che una pattuizione di uso possa conciliarsi con l'essenza del contratto. E se si prescinda dai fr. che ragionano del cosidetto deposito irregolare, il quale a quanto pare è di creazione bizantina [1]), non v'è forse testo nelle nostre fonti che ci dia esempio di un deposito di cosa infungibile con concessione dell'uso, senza che il rapporto stesso di deposito non si modifichi. I luoghi, che comunemente a questo riguardo si citano [2]), sono precisamente la nostra l. 77 e la l. 1 § 9 D. 16. 3. Ma quest'ultima, ch'è del resto in gran parte rimaneggiata [3]), è concepita anzi in modo da escludere che vi sia deposito. L'uso, se convenuto, farebbe infatti trasformare il rapporto di deposito in uno di commodato; o, se v'ha corrispettivo, in un rapporto di locazione.

Sotto questo aspetto qui potrebbe in certo modo ancora spiegarsi il ricorso del giureconsulto alla figura del commodato. Poichè il depositario stimò non vietatogli l'uso dal domino, si potrà dire che, almeno di fronte a lui, il rapporto si sia trasformato, e che esclusa l'azione di deposito sia rimasta quella di commodato? Ma evidentemente un'idea siffatta non poteva affacciarsi alla mente del giureconsulto, o affacciatasi avrebbe condotto a conseguenze del tutto diverse. Perocchè giammai la sola existimatio del depositario potrebbe produrre tale

[1]) Cfr. Longo, *Appunti sul deposito irregolare* in *Bull. dell'ist. di dir. rom.* XVIII; Naber, *Observatiunculae* in *Mnemosyne*, XXXIV, p. 59 sgg.

[2]) Così ad es. il Glück, *Pand.* XV, p. 169-170.

[3]) Cfr. Gradenwitz, *Interp.* p. 143; Pernice, *Savigny-Stiftung* IX, p. 257, n. 1.

effetto da trasformare così profondamente il rapporto giuridico. E trasformatolo, che significato avrebbe più il seguito del passo, relativo all' indagine della colpa? Che cosa dovrà indagarsi ormai, per accordare al proprietario l'*a. commodati*? S'egli fu in colpa nell'aver ritenuto concesso l'uso, evidentemente! Ma questa indagine avrebbe potuto e dovuto istituirsi subito, di fronte alla stessa azione di deposito; sicchè, se questa non spetta, non spetterà neppur l'altra.

Nè riferendola alla presupposta responsabilità pel caso fortuito, la soluzione si difenderebbe meglio. Il motivo risiede in ciò, che evidentemente il depositario non è mai scusabile se, senza un consenso esplicito, abbia per semplice congettura immaginato non vietatogli l'uso. La più elementare prudenza consiglia, in un rapporto che ha uno scopo così rigorosamente determinato e circoscritto da dare origine al delitto se se ne eccedano i confini e provocar l'infamia se si è condannati, di non fondarsi su mere congetture: cosicchè il solo fatto dell' uso non consentito espressamente deve di per sè costituirlo responsabile. E la responsabilità ha fondamento nel dolo o nella colpa grave, non essendogli lecito supporre cosa che è decisamente contraria al contenuto stesso del rapporto [1]).

Il Ferrini, considerando altrove [2]) il fr. in esame più direttamente ai fini della teoria dell' *usus* nel commodato, mostra di non dubitare della genuinità del passo. Egli trova invero ragionevole, che, eccedendo il commodatario e il depositario dai confini loro imposti dalla natura stessa del rapporto, essi non sien perciò tenuti con l'azione contrattuale. E vi saran tenuti dunque per altra via. Nel che si può convenire. Ma quel che non si spiega è perchè l' indagine circa il maggiore o minor fondamento della opinio sul presunto consenso del domino, sia fatta ed assuma importanza soltanto di fronte al commodatario, e manchi invece di fronte all' uso del depositario. Scrive il Ferrini: « La verità è che il deposito è per sua natura diretto alla custodia della cosa (*rem servandam dare*), come il commodato è diretto ad un uso determinato di essa; se nell'una e nell'altra ipotesi,

[1]) È qualche cosa di analogo a quanto si legge in Ulp. fr. 1 § 25 D. 16. 3: « Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes ». Il testo è peraltro molto singolare pel fondamento che dà all' azione di deposito; cfr. PERNICE, *Labeo* II, 2, p. 215, n. 5.

[2]) *Commodato*, p. 47.

presumendosi la volontà del concedente, viene usata in modo diverso dal pattuito, non se ne risponde coll'azione contrattuale (*nel caso del commodato però solamente, quando l' opinione dell'utente si fondi sovra una base solida e seria*); il che dipende dalla qualità di buona fede del giudizio stesso. Ciò nulla toglie alla natura del contratto; giacchè si colpiscono non le deviazioni materiali all'ordinamento suo, ma le lesioni formali, imputabili a malizia o a negligenza delle parti contraenti ».

Ora io non so comprendere quale motivo abbia potuto indurre il giureconsulto a fare pel caso del commodato una distinzione, che tanto maggiormente avrebbe dovuto imporsi pel deposito. Depositario e commodatario commettono furto se dolosamente fanno uso della cosa, sanno cioè di agire contro la volontà del domino. Sono invece esenti dall'a. furti se credono di non operare contro questa volontà Ma il commodatario, pur andando esente dall'azion di furto, sarà colpito con l' a. commodati se la sua presupposizione si basi su elementi non seri e men gravi. E il depositario non sarà colpito mai, neppure in questo caso? Eppure era più che altro in lui che dovevasi richiedere un serio e solido fondamento della sua opinio, dacchè è più facile sconfinare dall' uso anzichè dal non uso che il rapporto impone. Ovvero sarà colpito senz'altro con l'azion di furto, equiparandosi in lui la presupposizione fondata su elementi non seri alla scienza di agire contro la volontà del domino? Ma ciò è in perfetta contraddizione col principio esplicitamente enunciato nella prima parte del testo, non esser cioè furto l' uso fatto da lui in questa presupposizione; e contrasta apertamente con la essenza del furto, che non esiste senza dolo. Sorprende insomma (se il passo dovesse ritenersi incorrotto) che il giureconsulto additasse la ricerca nell'un solo dei due rapporti contemplati, e con l'assoluta negazione d'ogni possibilità (*nec... ullo modo*) di esercitar l'azione di deposito, volgesse il suo insegnamento a questa conseguenza, che il depositario usando della cosa anche senz' alcun serio fondamento circa il presunto consenso del deponente, non fosse giammai tenuto nè con l'azione di furto nè con l'azione del contratto.

Che adunque Pomponio abbia fatto cenno del deposito nel fr. 77 io escludo assolutamente. E mi conferma nella mia convinzione il confronto con un luogo delle istituzioni gaiane; non già perchè i due passi debbansi porre in alcun rapporto di stretta dipendenza tra loro, ma

perchè se è vero che molte delle questioni e figure soggette a discussione si tramandavano tradizionalmente da scrittore a scrittore, qui se ne ravviserebbe una di cosiffatte. Anche Gaio (III § 196) parla del *furtum usus*, e fissa innanzi tutto il principio prima nel deposito, poi nel commodato (nello stesso ordine, cioè, seguìto da Q. Mucio) adducendo per quest'ultimo alcuni esempi. Quindi nel § successivo (197) passa a trattar della ipotesi d'un uso che si suppone non vietato; ma il solo caso di cui egli tratta è quello del commodatario, in ordine al quale fa cenno di originari dubbi, rimossi da ultimo (*placuit*) con un'*optima distinctio*:

> III § 196. Itaque si quis re, quae apud eum *deposita sit, utatur*, furtum committit; et si quis *utendam rem acceperit* eamque *n alium usum transtulerit*, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad coenam invitaturus..
>
> § 197. Placuit tamen eos, qui rebus *commodatis aliter uterentur* quam utendas accepissent, ita furtum committere, *si intellegant id se invito domino facere* eumque, si intellexissent, non permissurum; et si permissurum credant, extra furti crimen videri, optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur [1]).

Gaio si ferma, è vero, alla sola questione della spettanza o meno dell'actio furti (il qual punto si vede invece già sorpassato in Pomponio), senza indagar su quella relativa all'azione contrattuale. Ma di deposito non fa alcun cenno nè qui nè più oltre. E ciò dimostra che il problema si presentava soltanto pel commodato.

Più arduo è ricostruire la l. 16 D. 13. 1, dacchè *a priori* non può dubitarsi che la menzione del commodato, quanto meno nel principio del passo, sia insiticia per la scorrettezza già rilevata. Ma anche nel seguito la logica non brilla nel ragionamento di Pomponio: il quale, dopo aver affermato che chi fa uso della cosa commodata o depositata è colpito con la condictio furtiva, aggiungerebbe che questa dif-

[1]) Il passo è integralmente riprodotto nelle istituzioni giustinianee, § 6. 7 I. 4. 1, salva la sostituzione dell'*affectus furandi* al *dolus malus*: sul che cfr. FERRINI, *Fonti delle istituzioni* in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XIII, p. 186. Un ulteriore accenno all'*invito domino*, senza allusione tuttavia ad un errore d'opinio da parte del commodatario, si ha in l. 40 D. 47. 2.

ferisce dall' *azione di commodato*, perchè, data una perdita dell' oggetto senza dolo o colpa, nel commodato non si va oltre la colpa, *e nel deposito non si va oltre il dolo*! Per additare la utilità della *condictio furtiva* di fronte all' *a. commodati* egli andrebbe a pescarne le ragioni nell' insufficienza dell' *a. depositi*! Sicchè parrebbe che quest' ultima vi fosse intrusa, se il principio stesso del fr. non ci ammonisse che l'intrusione devesi vedere invece in quella.

È notevole la forma con cui i Basilici (60. 10. 16; *Heimb.* V, p. 442) rendono il nostro testo. Nella riduzione bizantina è scomparsa la menzione dell' uso, ed è aggiunto inoltre l' accenno all'a. furti; 'chi commette furto - vi si dice - sulla cosa ricevuta in commodato o in deposito, risponde con l' a. furti e con la condictio furtiva anche se la cosa perì senza dolo o colpa'; ed il pensiero procede più logico nella chiusa, che pone di contro a quelle due azioni le limitazioni dei due giudizi contrattuali:

> Πομπων. Ὁ περὶ τὸ ἐν χρήσει δοθὲν αὐτῷ ἢ τὸ ἐν παραθήκῃ κλοπὴν πλημμελῶν ἐνάγεται τῇ περὶ πλοπῆς ἀγωγῇ εἰς τὸ διπλοῦν, καὶ τῇ ἀπαιτούσῃ τὸ κλαπὲν ἀγωγῇ, κἂν χωρὶς δόλου καὶ ἀμελείας αὐτοῦ τὸ πρᾶγμα φθαρῇ· εἰ καὶ τὰ μάλιστα οὐκ εὐχερῶς ἐπὶ μὲν τῆς τοῦ χρησθέντος ἀγωγῆς παραιτέρω τῆς ἀμελείας, ἐπὶ δὲ τῆς παραθήκης περαιτέρω δόλου ἐνέχεται.
> [Qui rei sibi commodatae vel depositae furtum committit, tenetur furti actione in duplum, et condictione furtiva, etiamsi sine dolo et culpa eius res interierit: quamvis non facile in commodati actione ultra culpam, et in depositi ultra dolum teneatur.]

L' impressione che se ne riceve è che il testo greco rispecchi meglio, sebbene in forma molto più concisa, il pensiero dello scrittore classico. Di guisa che piuttosto che proporre la soppressione dell' inciso '*commodati... culpam et*', io credo si debba conchiudere che il passo di Pomponio, quale ci è conservato, sia il risultato di una affrettata fusione di due luoghi più diffusi. In un primo dovevansi avere due parti distinte affermanti l' una la dottrina della responsabilità per furto d' uso nel deposito, l'altra quella corrispondente nel commodato. In un secondo invece il giureconsulto contemplava il caso della buona fede in base all' 'existimatio dominum permissurum': e qui una sola ipotesi era possibile, quella del commodato. I compilatori fusero, per brevità, in un solo periodo le due prime parti; e

attratti poi dalla duplicità della ipotesi nel primo passo, hanno mantenuto la duplicità nel secondo, dando così luogo ad un testo che dell'originaria redazione non conserva altro se non frasi staccate.

Un altro testo, pur esso interpolato allo stesso modo, è la

l. 8 C. 3. 42 degli imperatori Diocleziano e Massimiano (a. 293): Si res tuas [*commodavit aut*] deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes § 1. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem [stricto iure] habere: [utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.]

Com'è noto, l'*utilis actio depositi* che qui viene accordata al proprietario della cosa depositata presso altri da colui che la riteneva, nella ipotesi che il deponente abbia col depositario pattuito la restituzione al domino, è una invenzione dei compilatori. Il testo genuino della costituzione non riconosceva al dominus alcuna azione sulla base del contratto pel principio della nullità dei contratti a favore di terzi: l'a. depositi poteva dal dominus essere esercitata nel solo caso in cui egli fosse succeduto iure hereditario al deponente, rimanendogli sempre salva l'azione di proprietà. Questo soltanto affermavano gl'imperatori nella loro costituzione, ove sono indubbiamente di mano tribonianea e lo 'stricto iure' e la chiusa 'utilis... depositi actio'; siccome hanno dimostrato l'Eisele [1]), il Pacchioni [2]) ed altri [3]), Nè io intendo intrattenermi su ciò, poichè la parte del testo che deve richiamar la nostra attenzione è il principio. Ora è singolare come, essendosi tanto discusso intorno a questo passo, nessuno abbia rilevato una ulteriore interpolazione, l'inserzione, cioè di 'commodati aut', mentre pur essa è evidentissima ed indiscutibile.

[1]) *Beiträge z. röm. Rechtsgesch.* p. 80.

[2]) *I contratti a favore di terzi*, p. 56.

[3]) Cfr. FERRINI, *Pand.*, p. 660, n. 3; BONFANTE, *Ist.*[3] p. 354, n. 1; e sulla circostanza singolare che le due frasi non compariscono nei Basilici 15. 4. 28 [HEIMB. II, p. 178] di nuovo il FERRINI, *Obbligazione* nell'*Enc. giur.* p. 712. Il riassunto delle opinioni espresse in proposito di questo testo si può vedere in BERTOLINI, *Appunti didattici*, p. 332, n. 2.

Il caso sottoposto alla decisione imperiale era una questione concreta. Trattavasi d'una controversia sorta tra un tal Fotino e un terzo, presso il quale una persona che non si nomina aveva depositato cose di proprietà del primo, ed era poi morta. Fotino si rivolge agli imperatori, poichè pare sian sorte difficoltà circa l'azione ch' egli deve sperimentar contro il terzo per ricuperar le cose sue; e gl' imperatori rispondono che se il defunto pattuì col terzo depositario la restituzione a favor di Fotino e questi è successo per diritto ereditario al depositante, niun impedimento può esservi all' esercizio dell' azione di deposito in virtù del patto; che se non vi fu successione, poichè il patto del defunto non può produrre azione a favor del domino, soccorrerà l'a. ad exhibendum o la rei vindicatio. Come apparisce da tutto lo svolgimento della decisione, la *quaestio* sottoposta agli imperatori era precisamente un caso di deposito, dacchè questi dopo aver enunciato la specie accennando alternativamente ad un doppio rapporto di commodato o di deposito, non fan più cenno in seguito del primo. Eppure essi avrebbero dovuto necessariamente conchiudere per la concessione dell' a. commodati nel caso di successione ereditaria, se la consegna era stata fatta dal defunto a titolo di commodato, così come conchiudevano per la spettanza dell'azione di deposito in base al patto! L'aver nella formulazione delle varie ipotesi contemplato soltanto il rapporto di deposito ('si quidem *ei qui deposuit* successisti'... 'si vero nec civili nec honorario iure ad te *hereditas eius* pertinet') è indice certo che la specie contemplata non era il commodato, e che pertanto questo v' è stato poi inserito, per estendere parallelamente anche al commodato la soluzione contenuta nella costituzione imperiale.

Della tendenza che i compilatori ebbero ad appaiare i due istituti, io trovo del resto ampia conferma nei Basilici. In questi invero sono numerosi gli esempi di estensione delle regole dall' un rapporto all' altro, mediante un sistema molto semplice e comodo: aggiungendo cioè là dove il testo originario non menzionava che o il deposito o il commodato, il rapporto non ricordato.

Ciò accade più spesso negli scolii. Così a proposito della l. 21 pr. 13, 6 dove si nega al commodatario l' a. furti contro il commo-

dante che gli abbia sottratta la propria cosa concessagli in uso, lo scoliaste (Bas. 13. 1. 21 sch. 2 σημείωσαι, Heimb. II, p. 21) richiama la stessa regola pel deposito; a proposito della l. 1 C. 4. 34, che è invece dettata in materia di deposito, lo scoliaste (Bas 13 2. 35 sch. 4 δυνατὸν, Heimb. II, p. 59) avverte che l'onere del caso fortuito può essere assunto per convenzione non solo dal depositario, ma anche dal commodatario; a proposito della l. 7. C. 4. 34, ove è detto che se alcuno abbia ricevuto in deposito una somma e poi a sua volta l'abbia depositata presso altri redigendo istromento, non basta la presentazione dell'istromento in cui fu pattuita la restituzione a liberar il primo depositario dalla responsabilità, la summa di Teodoro (Bas. 13. 2. 40 sch. 1 ὁ παραθέμενος, Heimb. II, p. 61) si affretta ad osservare che la stessa norma vale se alcuno dà in commodato la cosa commodatogli; e così via.

Altrove il richiamo è fatto per notare le differenze. Uno scolio alla l. 1 § 5 D. 16. 3 (Bas. 13. 2. 1 sch. 5 ἐπὶ τοῦ Heimb. II, p. 25), ricorda accanto alla regola che le cose accessorie di quella depositata non sono in deposito, la opposta del commodato; un altro alla l. 1 § 14 D. 16. 3 (Bas. 13. 2. 1 sch. 18 ἐρώτησις, Heimb. II, p. 29) là dove si accenna al fideiussore in un deposito fatto al pupillo, insiste sulla diversa posizione giuridica che assume il pupillo nel commodato.

Ma talvolta è proprio il testo di legge che si vede modificato. La l. 4 C. 4. 23, che vieta di rifiutare 'praetextu debiti' la restituzione della cosa ricevuta in uso, è resa nei Bas. (13. 2. 27) con una aggiunta, che richiama il corrispondente divieto in materia di deposito. Il testo, ampliato, è riferito così [Heimb. II, 24]: 'Praetextu debiti nemo rerum commodatarum restitutionem differre potest: *non solum enim depositi actio, sed commodati quoque actio rationem compensationis non admittit*'.

Ciò si ripete a proposito della ben nota costituzione giustinianea (l. 11 C. 4. 34) che proibì qualsiasi compensazione o ritenzione nel deposito, e della quale lo scoliaste (Bas. 13. 2. 44 sch. 1 ἡ περὶ, Heimb. II, p. 62) dice ch'essa è similmente applicabile al commodato.

E gli esempi potrebbero moltiplicarsi. Ma non occorre più insistervi. La tendenza a trattare dei due istituti in modo parallelo, traendo occasione dalle frequenti analogie, manifestatasi già nel di-

ritto classico, s' accentua notevolmente nel diritto post-classico; il quale, perduta ormai di vista la diversa origine loro e il vario e in gran parte autonomo evolversi delle norme che li disciplinano, si volge - specialmente dopo che i due negozi hanno assunto ambedue il carattere di buona fede - a costruir per essi un regolamento giuridico uniforme che, abbinandoli, li inquadri nel sistema generale delle obbligazioni e ne costituisca, col pegno, come un tipo unico dei contratti reali, dove definitivamente prendono assetto [1]).

ROBERTO DE RUGGIERO.

[1]) Sono lieto di vedere ora, in un interessante studio del prof. G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno* (negli *Studi in onore di C. Fadda*, vol. VI, pag. 331-390) autorevolmente e dottamente suffragate alcune delle affermazioni su cui riposa la mia tesi, ed integrata più d'una delle considerazioni da me fatte su qualche testo interpolato.

Il risultato fondamentale, cui in questo lavoro perviene il chiaro collega di Parma, è che i giudizi di commodato e di pegno assunsero il carattere di buona fede parecchio tempo dopo del deposito e degli altri indicia b. f. di cui negli elenchi gaiani e ciceroniani. Egli vi dimostra cioè, e con molta copia di argomentazioni, che la introduzione delle formule di b. f. nel commodato e nel pegno fu notevolmente posteriore a quella della corrispondente formula del deposito. E da tale dimostrazione resta comprovato come non sia punto parallelo lo sviluppo delle dottrine dei due istituti cui io ho rivolto l'esame.

Non posso riferir qui tutti gli argomenti mercè i quali il S. è giunto a tale conclusione. Mi limito ad accennare che, a proposito del passo di Gaio, IV, 62 anch'egli respinge la supposta imperfezione del ms. veronese per spiegare l'assenza del commodato (e del pegno). Ma aggiunge in più una spiegazione nuova, ch' io non esito ad accogliere come la più soddisfacente e la più probabile. La ragione dell' esclusione di quei due giudizi si deve ricercare, a suo avviso, nel fatto che in questo punto Gaio attinse ad una fonte più antica, la quale apparteneva ad un tempo in cui appunto il pegno ed il commodato non erano stati ancora riconosciuti di buona fede. L'enumerazione gaiana doveva dunque avere il valore di tassativa, secondo le intenzioni dell'autore originario di quel testo, pur essendo, almeno pel commodato, in manifesta contraddizione con lo stato della dottrina al tempo di Gaio. E tra gli argomenti addotti sta pur quello della diversissima sede che il commodato e il pegno hanno nell' albo pretorio. « Tutto induce a ritenere, scrive l'a. (p. 340), che se, quando furono collocati in quel gruppo il giudizio di deposito e di fiducia accanto, ed anzi, prima di quelli di mandato, società, compravendita, locazione conduzione, fossero stati di buona fede anche i giudizi di commodato e di pegno, essi pure avrebbero preso posto nello stesso gruppo ». E più avanti (pag. 341): « Non vi ha dubbio d'altra parte che le azioni di commodato e pegno hanno preso posto nel titolo *de rebus creditis*, prima della creazione della formula *in ius*, che altrimenti li avrebbe fatti rientrare fra i bonae fidei iudicia, il che costituisce una novella prova che la formula *in factum* è più an-

tica della formula *in ius*. Se ciò non è avvenuto, ripeto, dipende a mio avviso dal fatto che anche il deposito ebbe la formula *ex fide bona* prima del commodato e del pegno». In ciò e in altre circostanze egli trova indizi sufficienti per affermare che lo svolgimento storico materiale e processuale dovè essere separato e relativamente autonomo: giustamente osservando, quanto al *rem credere*, che le attestazioni delle fonti, là dove esse assumono questo come concetto e fondamento generale, comune ai rapporti in esame, sono piuttosto tarde, ed esprimono vedute nuove dei classici, non antiche e primigenie: il che spiega per un altro verso perchè il deposito e la fiducia non fossero accolti nella rubrica *de rebus creditis*.

Nè pur lui preoccupa l'accomunamento che Paolo fa nella rubrica delle Sententiae, II, 4 del commodato, col deposito, col pegno e con la fiducia. Egli anzi avanza una congettura, che assai più delle considerazioni da me fatte circa il contenuto sostanziale di quella rubrica, vale a toglierle qualsiasi valore: e la congettura, cui pienamente sottoscrivo, è che con la massima probabilità la rubrica sia alterata e non derivi quindi tutta da Paolo (p. 340, n. 2).

Su altri punti speciali i risultati del suo esame combinano coi miei. Così per la l. 38 pr. D. 17, 2 per la quale anche il Segrè è di parere che s'abbia un tribonianismo nella parte in cui è fatto cenno della classificazione dei giudizi di buona fede in iudicia generalia e specialia e nella relativa esemplificazione. Osservo solo che, mentre a me ha fatto impressione la forma *sive sunt* in quanto mi par che ci si sarebbe dovuto aspettare un *sive sint*, il Segrè sembra che consideri per altro motivo insolita la forma (p. 347). Parimenti anch'egli solleva dubbi di alterazioni nella l. 18 § 1, D. 13, 6, per la presenza del pignus là dove si parla di commodato e per il difetto di euritmia nella costruzione '*sive pignus...*' in luogo di '*pignorata*' o '*pignori data* (res)'. Ma egli limita il suo sospetto alle parole '*sive autem pignus*': l'alterazione è per me anche nel seguito (p. 338 n. 1).

Siamo invece in disaccordo circa la interpretazione del fr. 1 § 47 D. 16, 3, perocché il Segre, accedendo al Göppert ed al Ferrini, ritiene come costoro che debbasi sì respingere l'ipotesi di un glossema o comunque di una lezione '*commendatum*' in luogo di '*commodatum*', ma debbasi il binomio '*depositam vel commodatam*' spiegare con la fiducia. E non solo si dimostra convinto che i fr. 2 e 3 h, t. si riferissero alla fiducia, ma affaccia l'ipotesi che alla fiducia altresì siano da ricondursi i §§ 45 e 46 del fr. 1 (p. 357-358 in nota): il che io credo affatto inverisimile per le ragioni svolte nel testo. Piuttosto anche qui mi piace rilevare che quanto io ho semplicemente accennato circa la frase '*non caret culpa*' del fr. 3 ravvicinandola all'altra '*dolo malo fecisti*' del fr. 1 § 25, collima con l'opinione di lui, che è anzi più di me radicale e sospetta addirittura che il testo originario dicesse '*dolo*' invece di '*culpa*'.

SULL'OGGETTO DEL QUASI USUFRUTTO

I.

Quasi usufrutto su cose deteriorabili.

1. Sono note le difficoltà esegetiche che presenta nel diritto romano giustinianeo la teoria dell'usufrutto in rapporto al caso che un atto costitutivo di codesto diritto reale abbia per oggetto dei vestiti. Mentre sembrerebbe, in conformità delle prime parole del § 2 Inst. de usufr. 2. 4, che i vestiti, come cose inconsumabili, dovessero, normalmente almeno, essere oggetto di usufrutto proprio, il medesimo § 2 Inst. 2. 4 enumera, dopo, i vestiti fra quelle cose che devono riguardarsi come oggetto normale di quasi usufrutto o usufrutto improprio:

« Constituitur autem usufructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, *vestimenta*. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur etc. ».

La quistione poi si complica esegeticamente a cagione del titolo dei Digesti, settimo del libro nono, che tratta del quasi usufrutto. Mentre i vestiti non vi sono punto ricordati tra gli oggetti normali di quasi usufrutto, si accenna invece, e già nella rubrica « de usufructu earum rerum quae usu consumuntur *vel minuuntur* » a una categoria di cose, che insieme con quelle quae usu consumuntur sarebbero oggetto di quasi usufrutto. E il concetto di queste cose, *quae usu minuuntur*, non apparisce del tutto chiaro. Anzi, come meglio vedremo in seguito, l'esistenza stessa di una speciale categoria di

cose quae usu minuuntur incontra delle difficoltà nel fr. 9 § 3 D. usufr. quemadm. cav. 7. 9 e nel fr. 15 §§ 4. 5 D. de usufr. 7. 1, ambedue di Ulpiano:

> ULPIANUS *libro quinquagens. primo ad edictum*: « Si vestis ususfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit finito usufructo vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddiderit »;
>
> ULPIANUS *libro octavo decimo ad Sabinum*, « Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, *non sic*, *ut quantitatis ususfructus legetur*, dicendum est ita uti eum debere, ne abutatur: nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur. Proinde etsi scaenicae vestis ususfructus legetur vel aulaei vel alterius apparatus, alibi quam in scaena non utetur. Sed an et locare possit, videndum est: et puto locaturum, et licet testator commodare, non locare fuerit solitus, tamen ipsum fructuarium locaturum tam scaenicam quam funebrem vestem ».

2. Chi esamini, sia pure incompletamente come noi [1]), la letteratura relativa al nostro argomento si accorge subito che oramai ogni possibile modo di superarne le difficoltà è stato tentato: anche quello di correggere il testo [2]), anche quello di supporvi qualche alterazione o glossema. Quanto a quest' ultimo, non solo, come mi pare, gli scrittori citati dal Glück [3]) nel Commentario alle Pandette (Wissenbach, Eineccio); ma anche il Vinnio [4]) e l'A. Mattheo (quest' ultimo citato da Hillighero nelle note al Commentario di Donello [5]), hanno ritenuto che la parola *vestimenta* del § 2 Inst. 2. 4 sia dovuta a Giustiniano; vale a dire, se si tiene conto del modo nel quale sono state composte le Istituzioni [6]), che si tratti di una interpolazione. E anche

[1]) Mi duole di non aver potuto leggere lo scritto del Madai che il WAECHTER, *Pand.* I, p. 290 cita con distinzione. Cfr. anche nota 29 sg.

[2]) Contro il cangiamento della parola *vestimenta* del passo delle Istituzioni, proposta da Jhering, cfr. FERRINI, *Pand.* § 226, nota 1; § 367, nota 2. Sui cangiamenti, proposti a riguardo del fr. 15, § 4, D. 7. I, cfr. GLUECK, *Comm.* IX, p. 400.

[3]) GLUECK, *Comm.* IX, p. 404 alle note 99 e 100.

[4]) *Comm. in Inst.* v. *vestimenta.*

[5]) DONELLO, *Comm.* X. 4, n. 2 (Florentiae, 1841, vol. III, p. 30).

[6]) Non si deve credere che questo modo, messo in piena luce dal Ferrini, fosse del tutto sfuggito agli antichi. Per convincersi del contrario, basta leggere la rubrica del § 260 *An emblemata reperiantur in Institutionibus* della nota dis-

lo scrivente la ritiene tale; e ritiene pure non genuino, d'accordo sempre in sostanza col Vinnio. l'inciso *non sic, ut quantitatis ususfructus legetur*, che si legge nel fr. 15 § 4 D. de usufr. 7. 1 e che, fu già accennato, ha molta importanza nella nostra questione. Non basta. A mio modo di vedere, anche l'espressione *vel minuuntur* che occorre nella rubrica del titolo dei Digesti relativo al quasi usufrutto (lib. 7, tit. 4) e nel fr. 1 dello stesso titolo, è interpolata. E tuttavia il compito nostro non è finito; perchè rimane da chiarire il concetto seguito dai compilatori nelle alterazioni accennate [7]) e da definire la quistione in rapporto al sistema giustinianeo. Quanto al primo punto, il Vinnio e l'A. Mattheo hanno creduto che per le Istituzioni si tratti semplicemente di una parola inconsiderata dei compilatori, alla quale poi nel fr. 15 § 4 D. de usufr. 7. 1 avrebbe fatto eco un imperito glossatore [8]). A tutto questo non credo si debba aderire. L'alterazione giustinianea del § 2 Inst. 2. 4 e le altre accennate non sono punto inconsiderate; sono anzi di quelle in cui si rivela certa attività innovatrice, non priva di acume, dei compilatori o dei loro maestri orientali; per quanto poi non si adattino in tutto e per tutto al testo classico da essi modificato. I commilitoni sanno che l'ultima circostanza si verifica non di rado; e che talvolta siamo costretti a non tener conto nel sistema di certe interpolazioni innovatrici, perchè, valutando tutti gli elementi dell'interpretazione, esse non rivelano in modo sufficiente l'intenzione del legislatore Proba-

sertazione dell'ECKARD, *De interpolationibus legum easque cognoscendi principiis*. E nel riferimento che Hillighero loc. cit. fa dell'opinione di A. Mattheo si parla proprio dell'inserzione del vocabolo *vestimenta*, che sarebbe stata fatta da Triboniano. Così s'intende perchè anche ALIBRANDI, *Possesso*, p. 118, già alcun tempo prima del Ferrini, abbia potuto scrivere, senza dare speciale importanza alle parole e riferendosi al § 6 della cost. *Imperatoriam maiestatem*: « E Giustiniano, il quale compose le Istituzioni riunendo tratti cavati dagli antichi autori, v'inserì anche questo passo etc. ».

[7]) Già HILLIGHERO, *Notae ad Donelli Comm.* loc. cit. aveva detto contro l'inserzione della parola *vestimenta*, congetturata dall'A. Mattheo: *at qua ratione, quave spe conmodi?*

[8]) L'idea che la parola *vestimenta* sia dovuta a una sconsideratezza dei compilatori, alla quale perciò non si deve accordare nessun peso in confronto delle contrarie espressioni delle Pandette, si incontra anche in qualche moderno (cfr. p. es. SCHWEPPE, *Röm. Privatrecht*, I, § 298). Sfugge però sempre che le Pandette stesse offrono dei passi contraddittori, alcuni dei quali sembrano rannodarsi all'idea espressa nelle Istituzioni.

bilmente, non è così del nostro caso: le interpolazioni appariscono tanto decise e tanto ben rilevate, che, a mio giudizio, non si può fare a meno di tenerne conto nel sistema. E tale, come vedremo, è l'opinione di molti scrittori, antichi e moderni: i quali d'altra parte, non avvertendo la circostanza storica, che qui è intervenuta l'attività innovatrice dei compilatori, non possono poi giovarsi della storia per rimuovere o spiegare certe difficoltà esegetiche, che, per quanto secondarie, si presentano sempre a chi voglia nel sistema tener conto delle interpolazioni accennate. In codesto rapporto conviene rendere piena giustizia a chi ha affermato [9]) non potersi le difficoltà del § 2 Inst. 2. 4 sopra riferito superare dogmaticamente in una maniera del tutto soddisfacente.

3. Secondo l'opinione dominante fra gli scrittori del secolo passato [10]), bisogna nel sistema giustinianeo ritenere che le vesti sono normalmente oggetto di usufrutto proprio. Quante volte cioè, vi sia dubbio intorno alla volontà del costituente, o questa (come avviene, di solito, nell'usufrutto generale) non siasi in alcun modo espressa, si deve ritenere che si tratti di usufrutto proprio. Il § 2 Inst. 2. 4 sopra riferito nella sua parte finale che dichiara i vestiti oggetto normale di quasi usufrutto, si può, nella peggiore ipotesi, trascurare; perchè, mentre viene contraddetto dalle parole precedenti, è meno conforme ai principî generali [11]). Quanto alle parole *vel minuuntur*

[9]) JHERING, *Jahrb.* XV, p. 403-4.

[10]) Cfr. MAYNZ, *Cours*, I, p. 816; GLUECK, *Comm.* IX, §§ 643 e 644. p. 399; BOECKING, *Pand.* II, § 166, n. 27; ARNDTS, *Pand.* I, § 181 (traduz. ital.); WAECHTER, *Pand.* I, § 64; SCHWEPPE, loc. cit.; HANAUSEK, *Lehre v. uneigentl. Niessbrauch*, Erlangen 1879, p. 18-19; FERRINI, *Pand.* § 367; PEROZZI, *Ist.* § 106. Cfr. art. 589 C. Napoleone; art. 484 C. C. Ital.

[11]) Cfr. JHERING, loc. cit. p. 403; HANAUSEK, loc. cit. p. 19; WAECHTER, loc. cit. — Oltre la correzione della parola *vestimenta* cui ho accennato nella nota 2, si è proposto da alcuni seguaci dell'opinione esposta nel testo di intendere codesta parola nel senso di materia atta a far vestiti; nel qual senso la parola si crede ricorrere nel fr. 23, § 1 D. de auro 34. 2 di Ulpiano: « Vestis an vestimenta legentur, nihil refert. Vestimentorum sunt omnia lanea lineaque vel serica vel bombycina, quae induendi praecingendi amiciendi insternendi iniciendi incubandive causa parata sunt et quae his accessionis vice cadunt, quae sunt insutae picturae clavique qui vestibus insuuntur ». Tale idea, affacciata già dal DONELLO, *Comm.* X. 4, è lodata e difesa anche da JHERING e da HANAUSEK ll. citati. A me sembra che Ulpiano, pur estendendo il significato delle parole *vestis, vestimenta* a comprendere ogni sorta di indumenti, si riferisse proprio a dei manufatti e non alla loro materia prima; come risulta anche dal § 2 del fr. cit., ove si distinguono

che si leggono nella rubrica del titolo dei Digesti relativo al quasi usufrutto (lib. 7. tit. 9) e nel fr. 1 del detto titolo, riguarderebbero, come le altre *quae usu consumuntur* precedenti, la categoria delle cose consumabili [12]). Mi spiego. Cose consumabili sono particolarmente quelle cose mobili, che, usate conforme alla loro destinazione economica (uso *normale*, *regolare* [13]) delle cose), vengono a perderla (cose *distruttibili*). Ciò succederà, di solito, per una vera e propria estinzione, distruzione delle cose. Ma può succedere anche, perchè esse vengono ad acquistare un'altra destinazione economica [14]): il che agli effetti di cui ci occupiamo vale come distruzione. La quale distru-

le varie specie di *vestimenta* in rapporto alle persone cui son destinate a servire: *virilia, puerilia, muliebria* etc. — Qualcuno poi ha creduto di poter superare le difficoltá esegetiche che presentano le fonti in rapporto all'usufrutto delle vesti, riferendosi alla circostanza che le cose indistruttibili, sebbene siano oggetto normale d'usufrutto proprio, possono, se così piace alle parti, essere assunte ad oggetto d'usufrutto improprio. Ma questo, come ha osservato il DERNBURG. *Pand.* I, § 249, n. 5, è mero equivoco; ed ho avuto cura di evitarlo, formulando nèl testo l'opinione di cui ci occupiamo. La quistione infatti sorge, quando la volontá del costituente non si è espressa a sufficienza: o non ha avuto modo di esprimersi, come nell'usufrutto generale. E mentre è del tutto arbitrario ritenere (come fa ad es. il WINDSCHEID, *Pand.* § 206 alla n 6) che nell'usufrutto generale in cui son comprese delle cose deteriorabili, la volontá del costituente sia rivolta a un quasi usufrutto (cfr. in senso diverso e più corretto, FERRINI, loc. cit.); è impossibile ammettere (come fa ad es. ELVERS, *Servitutenlehre*, p. 504) che in un atto costitutivo d'usufrutto sopra una cosa deteriorabile la volontá del costituente, rivolta all'una o all'altra specie d'usufrutto, possa essere rivelata dalle circostanze e dalla speciale natura della cosa.

[12]) Contraddirebbe ai principii generali, chi ritenesse che le parole *vel minuuntur* riguardano le cose deteriorabili, in quanto esse sole fra le indistruttibili possano essere fatte oggetto di quasi usufrutto per volontá speciale del decuius. In questo senso si esprime, se non erro, ARNDTS, *Pand.* loc. cit. (cfr. § 52). La traduzione italiana rende diversamente il concetto dell'Arndts; cfr sopra nota 10.

[13]) Cfr. p. es WAECHTER, *Pand.* § 63 (« ordnungmässig, d. h. in der Bestimmung der Sache liegend »). Il WINDSCHEID, *Pand.* § 140 adopera addirittura l'aggettivo *bestimmungsgemäss*; e non so se venga reso esattamente dal *congruo*, di cui si valgono i traduttori italiani.

[14]) Le fonti ci offrono in proposito un solo esempio, quello della lana (fr. 11 D. de usufr. ear. rer. 7. 5); il quale però riesce opportuno sotto ogni aspetto. Infatti l'importanza speciale del secondo modo di estinzione o distruzione delle cose (estinzione economica) si rivela, quando di fronte alla nuova destinazione la cosa assume carattere di indistruttibile. Così avviene appunto della lana, quando è mutata in un vestito. Tanto il concetto di quella che ho chiamata estinzione economica, quanto l'esempio offerto dal fr citato di Ulpiano, sfuggono, di solito, agli scrittori della materia.

zione, presa la parola nel senso lato che ho detto, può essere di due modi: o totale, come avviene ad esempio, di una pillola ingoiata; o parziale, come avviene, ad esempio, di una candela quando viene accesa. Il primo modo sarebbe espresso dalle parole *usu consumuntur* o *usu tolluntur*; il secondo, dalle parole *usu minuuntur*[15]. E per quanto possa far meraviglia che codesta distinzione delle cose consumabili fondata sul modo diverso, nel quale l'uso regolare di esse conduce alla loro distruzione, occorra solamente nei luoghi citati delle Pandette[16], non mi pare sia da respingere come priva di fondamento. Devesi anche riconoscere che dietro l'opinione sopra esposta riesce abbastanza agevole l'interpretazione del fr. 9, § 3 D. 7. 9 e del fr. 15, §§ 4. 5 D. 7. 1, riferiti al § 1 precedente; e fatta eccezione del § 2, Inst. 2. 4, di tutto il complesso delle fonti. Quando, per esempio, vi leggiamo che le vesti non si possono dare nè in commodato[17], nè locare[18], ciò corrisponde alla loro natura di cose inconsumabili; perchè, come è noto, le cose consumabili non possono essere oggetto di codesti contratti che con particolare limitazione[19]. Soltanto un punto della opinione che esaminiamo mi sembra si presti a qualche obietto. L'espressione *non sic, ut quantitatis ususfructus legetur* del fr. 15, § 4 D. 7. 1 di Ulpiano cit., intesa ad escludere che la cosa inconsumabile di cui vi si tratta (*vestis*) sia stata fatta oggetto di un usufrutto improprio per speciale determinazione di volontà del de cuius, non apparisce corretta. Sta bene che il quasi usufrutto possa indicarsi come *ususfructus quantitatis*, perchè ha per oggetto normale le cose consumabili, che son tutte cose fungibili, quantità[20]. Ma ad esprimere che una cosa indistruttibile è stata assunta eccezionalmente

[15]) Non credo opportuno richiamare nella definizione del concetto della consumabilità la circostanza che alle cose consumabili non è possibile una ripetizione dell'uso (VENEZIAN, *Usufrutto*, Napoli 1895, § 2; PEROZZI, *Ist.* p. 368); per la ragione di cui nel cap. II, § 3. È inutile poi accennare nella definizione del detto concetto (BUERKEL, *Beiträge zur Lehre von Niessbrauch*, München 1880, p. 78-80; PEROZZI, loc. cit.) alla possibilità di un diverso modo di essere della destinazione economica delle cose; cfr. cap. II, § 2 alle note 8-10.

[16]) Altrove, le cose consumabili sono sempre indicate con un'unica espressione; sia nelle Istituzioni, che nelle Pandette (fr. 101 D. de leg. III).

[17]) Fr. 5, § 8 D. comm. 13. 6.

[18]) § 5 Inst. de locatione III. 24. Cfr. fr. 15. § 5 D. de usufr. 7. 1.

[19]) Fr. 3, § 6 D. commodati 13. 6.

[20]) Cfr. nota 62 seguente.

ad oggetto di un legato di usufrutto improprio, non si può dire che è stata fatta oggetto d'usufrutto in modo, da esser legato un usufrutto di quantità *sic ut ususfructus quantitatis legetur*: bisogna dire che è stata fatta oggetto di legato d'usufrutto a modo di quantità, *ad instar quantitatis*; oppure che è stato legato l'usufrutto a modo di un usufrutto di quantità, *ad instar ususfructus quantitatis* Le quali osservazioni, a dire il vero, non colpiscono in maniera particolare l'opinione di cui ci siamo finora occupati; ma, in generale, qualunque interpretazione dogmatica del fr. cit. di Ulpiano.

4. Secondo un'altra opinione che sta proprio in contrapposto a quella precedentemente esposta, le vesti sono cose inconsumabili (indistruttibili), ma prontamente deteriorabili; e come tali, si devono ritenere oggetto normale di quasi usufrutto Quante volte cioè, vi sia dubbio intorno alla volontà del costituente, o questa (come avviene, di solito, nell'usufrutto generale) non siasi in alcun modo espressa, si deve ritenere che si tratti di quasi usufrutto. Per tal modo la figura del quasi usufrutto attiene, non solo alla categoria delle cose consumabili (distruttibili), ma anche, in certi limiti, a quella delle cose indistruttibili. In certi limiti, quando hanno cioè qualità di cose (prontamente) deteriorabili, *res quae usu minuuntur*; qualità, che si riscontra appunto nelle vesti. In questi termini si è espresso di recente il Dernburg [21]). Ma in questi termini probabilmente si esprimeva già la maggior parte dei glossatori, seguita dalla pratica medioevale; e si esprimono di certo alcuni scrittori del diritto comune posteriori alla scuola dei culti, come ad esempio, il Voet [22]).

Bisogna ora notare che a volte si trova enunciata l'opinione di cui ci occupiamo in una maniera più generale; in rapporto cioè, a tutte le cose deteriorabili [23]). È facile dimostrare che ciò non è conforme ai principî generali della materia; nè, a ben intenderle, alle stesse espressioni testuali. E la dimostrazione di codesto errore giova premetterla alla esposizione di ogni altra particolarità relativa all'opinione anzidetta. — A rigore tutto è deteriorabile; non vi ha cosa cioè, che non scemi,

[21]) *Pand.* I, § 249; cfr. § 75.

[22]) Cfr. le citazioni in GLUECK, loc. cit. alle note 81-83.

[23]) Cfr. in questo senso: BUERKEL, op. cit. p. 9; p. 78-80: RONGA, *Ist.* I, p. 310, n. 2 e ARNDTS, *Civ. Schriften* ivi cit. (cfr. nota 10 e nota 12 precedenti): GIRARD, *Cours*, p. 356, n. 1; BRUGI, *Ist.* I, p. 295. Cfr. anche gli scrittori citt alla nota 11 in fine.

materialmente ed economicamente con l'uso normale di essa. Soltanto è da avvertire che ve ne ha alcune, gli immobili, al cui deterioramento è sempre possibile riparare [24]). E pur escludendo gli immobili, è assurdo per gli effetti accennati assimilare alle cose inconsumabili tutte le cose mobili; ossia, anche quelle cose mobili, deteriorabili sì, ma soltanto con uso molto prolungato e quasi indefinito: supponiamo, una gemma preziosa, un oggetto d'oro o d'argento. Quando noi leggiamo nel fr. 28 D. de usufructu 7. 1 [25]), a proposito delle monete d'oro o d'argento adoperate come monile, che esse sono oggetto di usufrutto, non si può ritenere che si tratti di un quasi usufrutto. E quando nel § 2, Inst 2. 4 sopra riferito troviamo citati i vestiti fra le cose sulle quali normalmente non si ammette usufrutto, non si tratta davvero di oggetti che si deteriorano solo con un lento e quasi indefinito uso: si tratta anzi di oggetti, tanto irreparabilmente, quanto, di solito, prontamente deteriorabili. Ecco le cose indistruttibili, che, a tener conto dei principî generali e anche, come si è veduto, di qualche speciale accenno delle fonti, si può ammettere siano state assimilate alle consumabili. Sono tali cose codeste, delle quali è quasi sicuro, che alla fine dell'usufrutto mancherà una vera restituzione; cioè, o non saranno affatto restituite, o si restituiranno inservibili. Il servirsi dunque di esse conforme alla loro destinazione economica tocca la sostanza della cosa: «*non usus* (si può dire con una espressione ciceroniana [26]), che ha corrispondenza con altre delle fonti) *sed abusus est*».

[24]) Cfr. JHERING, loc. cit. p. 405: VINNIO, loc cit.

[25]) POMPONIUS, *libro quinto ad Sabinum*: « Nomismatum aureorum vel argenteorum veterum, quibus pro gemmis uti solent, usufructus legari potest ». E si badi, monete antiche, ma in corso; perchè non pare che i Romani anche dei primi secoli dell'Impero (cfr. MOMMSEN, *Histoire de la monnaie rom.* II, p. 81, n. 2; III, p. 32, nn. 1-2; p. 48 sgg.; p. 152) avessero il nostro brutto vezzo, per cui facendo monete, titoli e perfino francobolli nuovi si danneggiano i possessori dei vecchi. Aggiungasi, che ad intendere il passo, come se si trattasse di monete fuori di circolazione, si toglie importanza alla decisione di Pomponio (cfr. in senso diverso GLUECK, *Comm. alle Pand.* 7. 5 trad ital. p.359). Si dica lo stesso per l'idea di coloro, che riferiscono il *pro gemmis uti* al diletto di avere le monete in una collezione o di rimirarle (GLUECK, loc. cit. p. 141). Il passo esprimerebbe allora il concetto stesso del fr. 41 D. de usufr. 7. 1: « statuae et imagines usumfructum posse relinqui, magis est; quia et ipsae habent aliquam utilitatem, si quo loco opportuno ponantur ».

[26]) Cfr. cap. IV, nota 5. Ved. pure ad es fr 15, §§ 1, 2 D. de usufr. 7. 1.

In realtà poi, mentre il riconoscimento normale di un quasi usufrutto alle cose di pronta e irreparabile deteriorazione tutela opportunamente i diritti del dominus proprietatis, assicura non meno opportunamente quelli dell'usufruttuario; il quale non avrà bisogno di troncare dopo breve tempo l'esercizio dell'ius in re sopra codeste cose, per farsi custode di un oggetto inservibile. Egli potrà disporne per un altro uso che tocchi la sostanza; oppure, venderle o cambiarle, magari prima che siano diventate del tutto inservibili per rapporto alla loro originaria destinazione economica. Insomma, l'opinione di cui ci siamo ora occupati risulta pienamente conforme ai principî generali dell'usufrutto e meglio forse in armonia cogli scopi economici di esso, che non quella esposta per prima. Non fa ostacolo che, essendo la pronta deteriorabilità degli oggetti un'attitudine dipendente dal tempo, si possano aver cose, le quali ad un dato momento debbono esser riconosciute come prontamente deteriorabili, mentre qualche tempo innanzi non sarebbero state riconosciute per tali Ciò importerà che le parti, a scanso di controversie all'epoca della restituzione, vadano in precedenza d'accordo su codesto punto; come è opportuno che s'intendano in precedenza circa lo stato [27]) dell'oggetto dato in usufrutto. Naturalmente, a quel modo che certe cose consumabili possono avere una speciale destinazione, per cui si considerano quali non sono in realtà, cioè come indistruttibili [28]); anche le cose prontamente deteriorabili possono ricevere una speciale destinazione che le renda suscettibili di un uso assai prolungato prima di deteriorarsi: suppongasi, le vesti da museo, o quelle che si indossano in straordinarie circostanze. Esse saranno perciò oggetto normale di usufrutto, pur potendo essere oggetto di quasi usufrutto per una speciale determinazione di volontà.

Non ammetterei però che una speciale determinazione di volontà possa fare oggetto di usufrutto proprio le cose prontamente deteriorabili [29]): bisognerebbe allora dire lo stesso delle cose distruttibili, e sarebbe assurdo. L'affermazione contraria dei seguaci dell'opinione

[27]) Fr. 1, § 4 D. ususfructus quemad. 7. 9.

[28]) Cfr fr. 28 D. de usufr. 7. 1 riferito alla nota 25 precedente (monete d'oro o d'argento, adoperate come monile)

[29]) Cfr. per l'importanza sistematica ed esegetica di tale affermazione cap. II, § 1. Se la medesima sia stata già espressa dal Madai (cfr. BUERKEL, op. cit. p. 78, n. 1) non sono in grado di riscontrare.

che esponiamo [30]), è determinata, come mi pare, dallo sforzo di vincere le difficoltà esegetiche dell'argomento; ma queste, se mai, si possono vincere altrimenti. Non che un atto, diretto a costituire espressamente un usufrutto proprio sopra una cosa di pronto deterioramento, sia nullo; ma esso vale soltanto a costituire una servitù personale, analoga all'usufrutto, che nella sostanza ne oltrepassa le facoltà [31]). E in questo senso va inteso, in confronto dell'opinione che esponiamo il fr. 9 § 3 D. ususfr. quemadm. cav. 7. 9, riferito in principio.

Va da sè poi che la detta opinione trova appoggio, oltre che nella parte finale del § 2 Inst. 2. 4, anche nella espressione *vel minuuntur*, che si legge nella rubrica del titolo del Digesto dedicato al quasi usufrutto e nel fr. 1 del medesimo titolo. Vedemmo che l'espressione può essere intesa, riferendola al concetto stesso delle cose che si distruggono con un uso regolare. Ma, poichè altrove a tali cose non viene applicata, torna più naturale riferirla ad una speciale categoria di cose che l'uso non distrugge; quella appunto, cui allude la parola *vestimenta*, nella parte finale del § 2 Inst. 2. 4. Presenta, è vero, qualche ostacolo il fr. 15 §§ 4, 5 D. de usufr. 7. 1 [32]); ma è possibile superarlo anche dogmaticamente (certo, non senza [33]) sforzo) ammettendo con la Glossa [34]) che il fr. supponga delle vesti destinate ad un

[30]) Cfr. particolarmente DERNBURG, op. cit. § 249, nota 5.

[31]) Cfr. per un altro caso di simile servitù personale, anch'essa dovuta ai Compilatori, fr. 13, § 5 D. de usufructu 7. 1 (Ulpiano): « Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri et argenti et sulpuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas vel quas pater familias instituit exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit [*Et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem*] ». L'espressione *meliorare proprietatem* è indicata come sospetta dal SECKEL, *Handlexicon* v. *meliorare*; e già il Noodt indicava le parole messe in corsivo come aggiunta di un antico interprete (cfr. GLUECK, op. cit. IX, p. 241, n. 82).

[32]) Il Dernburg e gli altri citt. alla nota 23 intendono, tanto nel fr. cit. nel testo, come nel fr. 9, § 3 D. 7. 9, che si tratti di vesti, per le quali è intervenuta una speciale dichiarazione di volontà, diretta a farle oggetto di usufrutto proprio.

[33]) Cfr. § 2 in f. e nota 9 di questo cap.

[34]) Il senso del fr. 15, §§ 4, 5 D. 7. 1, dietro l'idea della glossa, è questo: « Se vien legato l'usufrutto di vesti da parata (non perchè siano in usufrutto improprio; ma, come normalmente per questa specie di vestiti, in vero e proprio usufrutto) l'usufruttuario deve servirsene conforme alla loro destinazione; e tuttavia non le cederà in locazione etc. ».

uso, per cui solo lentamente vengano a deteriorarsi (vesti di parata); e appunto perciò escluse in ipotesi da un quasi usufrutto (*non sic, ut quantitatis ususfructus legetur*). Ostacolo invece insormontabile, quantunque di carattere storico, presenta il fr. 1 D h. t. 7. 5; nel quale si legge che dietro il Senatoconsulto relativo al nostro argomento sembrò ammesso che si potesse legare l'usufrutto delle cose *quae usu consumuntur vel minuuntur*. Se le ultime parole *vel minuuntur* alludono alle cose (prontamente) deteriorabili, esprimono il falso; perchè su di esse avanti il Senatoconsulto era possibile l'usufrutto, era anzi possibile l'usufrutto proprio. L'ostacolo, come accennavo, ha carattere storico: nè vale ad escludere che la teorica esposta è quella cui hanno mirato i compilatori. E noi vedremo seguitando, che ciò riceve conferma in altro luogo delle fonti [35]). È tempo ora di trattare la quistione in rapporto al diritto classico, ossia di ripetere la storia del quasi usufrutto.

6. La disposizione del noto Senatoconsulto era diretta ad un caso speciale di usufrutto su cose consumabili costituito per legato, quello del denaro: il caso probabilmente di simile usufrutto più frequente nella pratica quotidiana; per quanto il denaro non sia cosa distruttibile, ma debba considerarsi come cosa consumabile per rapporto alla sua speciale destinazione economica [36]). Questa particolarità resulta con la massima evidenza dal fr. 2 D. h. t. nel suo nesso col fr 1 D. h. t. [37]); e resulta pure da tutto il complesso delle fonti relative all'argomento [38]). Dalle quali, fra le altre, apparisce che la giurisprudenza classica considerava l'usufructus pecuniae come caso

[35]) Cfr. cap. II, §. 3.

[36]) Cfr. nota 43 sg. e cap. II, § 2.

[37]) Fr. 1 D. h. t. 7. 4: « Senatus censuit ut ..... ususfructus legari possit »; fr. 2 D. eod.: « sed de *pecunia* recte caveri oportet etc. ».

[38]) Cfr. il § 2 Inst. 2. 4, il fr. 5 pr. D. h. t., riferiti per la loro speciale importanza nel testo; e il fr. 5 §§ 1. 2 D. h. t., riferito alla nota 51. Ved. anche i segg. passi: — fr. 9, fr. 10 pr. § 1 D. h. t. (Paolo e Ulpiano): « In stipulatione de red- « dendo usufructu pecuniae duo soli casus interponuntur, mortis et capitis demi- « nutionis, quoniam pecuniae usus aliter amitti non potest quam his casibus. Si « usus tantum pecuniae legatus sit, quia in hac specie usus appellatione etiam « fructum contineri magis accipiendum est, stipulatio ista erit interponenda etc. »; — fr. 7 § 1 D. usufr. quemadm. caveat 7. 9 (Ulpiano): « Cum ususfructus pecuniae « legatus esset exprimi debent hi duo casus in stipulatione *cum moriteris aut ca-* « *pite minueris* dari: idcirco hi duo soli casus, quoniam pecuniae usus aliter « amitti non potest quam his casibus »; — Vat. fragm. 46: « Actio de usufructu « isdem modis perit, quibus ipse ususfructus, praeterquam non utendo. Pecuniae

tipo del quasi usufrutto; il che non può attribuirsi soltanto alla circostanza sopra accennata della maggiore frequenza nella pratica quotidiana. Alla disposizione, con cui il Senatoconsulto dava efficacia al legato di usufructus pecuniae, andava espressamente congiunto l'obbligo della cauzione in rapporto alla eventualità della restituzione *cum usufructus ad legatarium pertinere desierit.* Veniva in ultimo l'indicazione del contenuto della cautio [39]), diverso, come vedremo, a seconda dei casi; i quali perciò furono tenuti distinti. E qui probabilmente il Senatoconsulto, dopo il caso del denaro, proponeva distintamente quello di alcune cose che l'uso conforme alla loro destinazione economica distrugge [40]); cioè, l'olio, il vino e il frumento [41]).

La giurisprudenza classica [42]), costruendo la disposizione principale del Senatoconsulto, la riferì, come già accennava la disposizione secondaria determinante la cauzione, alle cose quae usu consumuntur

« quoque ususfructus legatus per annum non utendo non perit, quia nec ususfru- « ctus est et pecuniae dominium fructuari, non heredis est »: — fr. 6 pr. D. ut in poss. 36. 4: « Si pecuniae numeratae ususfructus legatus esset et in testamento « cautum ne eo nomine satisdaretur, proprietas non est legata, sed legatario per- « mittendum satisdare et usumfructum pecuniae habere etc. ». — Cfr. pure fr. 9 § 4 D. ad exhib. 10. 4; fr. 1 § 17 D. ut leg. 36. 3; fr. 6, fr. 8 D. h. t. 7. 5.

[39]) Cfr. c. 1 C. h. t. 3 33: « Si ususfructus omnium bonorum legetur ... *oblata secundum formam Senatusconsulti cautione* » (ved. SCHRADER op. cit. ad v. Senatus censuit). Ecco perchè non venne proposta nell'Albo una formula della cautio ex Senatusconsulto, mentre una tale formula era stata proposta per la cautio usufructuaria (LENEL, *Ed. Perp.* § 286, pag. 421). E siccome il SC., contemplando l'ipotesi della restituzione, la indicava genericamente con parole simili a quelle che leggiamo, p. es. in Ulpiano *Reg.* 24. 27 (« *cum ususfructus ad legatarium pertinere desierit* »); Ulpiano stesso, Paolo e Gaio si son dati cura di precisare i due casi (morte e capitis deminutio) in cui può aver luogo e a cui, secondo loro, si deve riferire la cauzione: fr. 7 § 1 D. ususfr. quemadm. 7. 9; fr. 7 e fr. 9 D. h. t. 9. 5. Cfr. pure fr. 6 D. h. t. (Giuliano).

[40]) Cfr. fr. 11 D. h. t.: « ad Senatusconsultum erit descendendum quod de cautione *earum rerum quae usu consumuntur* [*eorum* Trib.] loquitur ». Cfr., per la probabile alterazione del passo, nota 53.

[41]) § 2 Inst. 2. 4; fr. 7 D. h. t.; e particolarmente Ulp. *Reg.* 24. 27: « Senatusconsulto « cautum est, ut *etiam* si earum rerum quae in abusu continentur, *utputa vini* « *olei tritici* ususfructus legatus est, legatario res tradantur cautionibus interpo- « sitis de restituendis eis, cum ususfructas ad legatarium pertinere desierit ». Mentre per il denaro la cauzione di restituzione ha per oggetto il tantumdem, per codeste cose ha per oggetto il tantumdem eiusdem qualitatis; cfr. nota 61 sg.

[42]) Non solo Gaio, come apparisce dal fr. 2 Inst. 2. 4 (FERRINI, *Bull. dell' Ist. di dir. rom.* XIII, p. 150); ma anche Ulpiano, come apparisce dalla rubrica dei Dig. 7. 4 (cfr. LENEL *Paling.* ad Ulp. 2589).

in generale; nelle quali veniva a comprendersi per certo riflesso anche il denaro [43]); pur richiamando talvolta le particolarità dogmatiche della nuova figura giuridica al caso tipo, che il Senatoconsulto aveva preso di mira nella disposizione principale. E salvo a dichiarare che quanto il Senatoconsulto dispone per l'ususfructus pecuniae (cioè, per l'ususfructus earum rerum quae usu consumuntur) vale anche per l'usus pecuniae [44]) (cioè, per l'usus earum rerum quae usu consumuntur), la giurisprudenza classica non ha, a quanto pare, ulteriormente elaborato il disposto del Senatoconsulto. Come meglio farò chiaro in seguito [45]) e come risulta implicitamente da quanto è stato esposto prima nella parte critica [46]), essa non ha nemmeno avvertito che per volontà del costituente un quasi usufrutto può aversi anche su cose che l'uso regolare non vale a distruggere. Che in particolare la medesima non abbia riguardato le cose prontamente deteriorabili come oggetto inabile d'usufrutto proprio resulta dalle difficoltà esegetiche, che tale limitazione presenta anche di fronte al diritto giustinianeo. L'usufrutto improprio del diritto classico è l'ususfructus pecuniae o l'ususfructus earum rerum quae usu consumuntur nel senso proprio e ristretto delle parole. L'espressione stessa *quasi ususfructus*, che s'incontra nel § 2 in f. Inst. 2, 4 e nel fr. 2 § 1 D. h. t. (Gaio) non dovette esser dell'uso comune; perchè altrimenti la leggeremmo più di frequente e certo la leggeremmo nella rubrica del titolo dei Digesti relativo alla materia. Sono dunque interpolati, sia i luoghi delle fonti che attribuiscono alla lettera del Senatoconsulto una più o meno generale disposizione, invece di una al tutto particolare; sia quelli che accennano alle res quae usu minuuntur e alla possibilità di un quasi usufrutto su cose indistruttibili. Ecco distintamente le alterazioni delle fonti in ordine ai punti che ho detto, rinviando al cap. III seg. alcuni necessari schiarimenti intorno al fr. 3 D. h. t. e al fr. 1 D. de usu et usufr. leg. 33. 2:

rubrica tit. Dig. 7. 1: «de usufructu earum rerum quae usu consumuntur [*vel minuuntur*];

[43]) Cfr. § 2 Inst. 2. 4: «quibus proxima est pecunia numerata, namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur».

[44]) Fr. 5 § 2; fr. 10 § 1 D. h. t. 7. 4.

[45]) Cfr. cap. II, § 1.

[46]) Cfr § 3 in f. di questo cap.

fr. 1 D. h. t. (Ulpiano): « Senatus censuit ut *pecuniae quam* [*omnium*[47]) *rerum quas* Trib.] in cuiusque patrimonio esse constaret[48]) ususfructus legari possit: quo senatusconsulto inductum videtur ut earum rerum quae usu tolluntur [*vel minuuntur*] possit ususfructus legari »;

fr. 1 D. de usu et usufr. leg. 33. 2 (Paolo): « Nec usus nec ususfructus legari potest... nec erit utile ex senatus consulto, quo cavetur, ut *pecuniae* [*omnium* Trib.] quae in bonis *cuiusque*[49]) *sit* [*sint* Trib.] ususfructus legari possit, quia id etc. »;

fr. 3 D. h. t. (Ulpiano): « *Post quod omnium rerum ususfructus legari poterit*[50]). An et nominum? Nerva negavit etc. »;

fr. 5 pr. D. h. t. (Ulpiano): « Hoc senatusconsultum, non solum ad eum pertinet qui pecuniae usumfructum [*vel ceterarum rerum quas habuit*] legavit; verum et si *aliarum rerum*[51]) *quae in abusu consistunt* [*fuerint alienae* Trib.];

[47]) L'espressione *omnium rerum* contrasta, come ho detto nel testo, al fr. 2 D. h. t. che segue e a tutto il complesso delle fonti. Di solito invece, si ritiene che il Senatoconsulto mirasse, e proprio con codesta espressione, anche alle cose incorporali (ELVERS, op. cit. p. 580; WINDSCHEID *Pand.* § 206 nota 2). — Già alcuni del resto hanno avvertito che il disposto letterale del SC. non può essersi riferito, senz'altro, a tutte le cose. Di qui la congettura che il SC. in un secondo capitolo prendesse particolarmente di mira l'usufrutto sopra cose consumabili (NOODT cit. da GLUECK, op. cit. p. 389, n. 60 e da ELVERS loc. cit.; cfr. nello stesso senso del Noodt, BOECKING, *Pand.* § 166 alla n. 9). Il che è soltanto prossimo al vero: cfr. alle note 40-41.

[48]) Che il SC. possa essersi occupato nel modo accennato dell'appartenenza del denaro di cui rendeva valido il legato, così da comprendere, come è detto poi per interpolazione nel fr. 5 pr. D. h. t. a riguardo delle cose (consumabili) in generale, non solo quelle che erano in proprietà del testatore (*quas habuit*), ma anche quelle che erano altrui (*fuerint alienae*), risulta pure dal fr. 1 D. de usu et usufr 33. 2 di Paolo, riferito subito dopo nel testo. E crederei che in questa parte i due fr. fossero genuini; perchè il punto riusciva importante in rapporto alla forma per vindicationem del legato classico.

[49]) L'eliminazione della parola *cuiusque* mi pare risulti, oltre che dal senso, dal fr. 1 D. h. t., riferito precedentemente nel testo. Essa si collega all'alterazione delle parole successive del nostro fr., di cui è detto nel cap. III, nota 12.

[50]) L'espressione è classica; intesa però la parola *res* (cfr. nota 7) nel senso proprio, e più ristretto, di cosa corporale. Essa indica la portata della costruzione giurisprudenziale del nostro SC.; e ricorre anche nel fr. 69 D. ad legem Falcidiam 35. 2 di cui nel cap. IV § 2. Ritengo però che non sia classico il collegamento ad essa della quistione relativa all'usufrutto dei crediti; su cui ved. cap. III § 4 in f.

[51]) L'alterazione del passo è resa evidente, a prescindere dalle osservazioni fatte alle note 39-41 precedenti, dal cattivo collegamento della seconda parte dell'av-

fr. 15 § 4 D. de usufr. 7. 1 (Ulpiano): « Et si vestimentorum ususfructus legatus sit [*non sic, ut quantitatis*[52]) *ususfructus legetur*] etc. »;

§ 2 Inst. de usufr. 2. 4: « Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus exceptis[53]) his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfru-

versativa (« *verum et si fuerint alienae* ») con la prima (« *non solum ad eum* « *pertinet* etc.). Già il GRADENWITZ, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* II, p. 5 aveva indicato esservi qui un'alterazione formale, cioè l'aggiunta delle parole *vel ceterarum rerum*. Ma, di conseguenza, l'alterazione viene a comprendere (sebbene il G. non lo dica e l'alterazione stessa non apparisca più meramente formale) le parole *quas habuit* e quelle successive *fuerint alienae*. Ciò risulta pure dalle alterazioni (anche queste indicate e dimostrate dal Gradenwitz) che si leggono nei §§ 1. 2 D. eiusd. fr.; nei quali per tre volte di seguito alla parola *pecunia* è aggiunta l'estensione relativa alle cose distruttibili: « *vel aliarum rerum quae in abusu con-* « *sistunt* »: « *vel ceterae res quae in absumptione sunt* »: « *vel ceterarum rerum* « *quae sunt in abusu* ». Tutt'e tre queste interpolazioni derivano dell'espressione genuina, che doveva esser compresa nel pr. del nostro frammento: « *verum et si* « *aliarum rerum quae in abusu consistunt* ». Ecco, per maggior chiarezza, il fr. 5 §§ 1. 2 D. h. t. con le alterazioni indicate, omettendo solo la frase *nec cautio* interveniat, forse interpolata (Gradenwitz, Ferrini) e il periodo « *sed si quidem — quantitatem*, che è dubbio se sia in tutto o solo in parte interpolato (R. v. MAYR, *Zeit. d. S. S.* XXVIII, p. 197, n. 3; DE RUGGIERO, *Scritti in onore di V. Scialoja*, I, p. 85) e che non ha importanza per il nostro argomento: « Si pecunia sit usus- « fructus legatus [*vel aliarum rerum quae in abusu consistunt*]..... videndum, « finito usufructu an pecunia quae data sit [*vel ceterae res quae in absumtione* « *sunt*] condici possint .... Sabinus putat posse ..... quam sententiam et Celsus « libro octavo decimo probat; quae mihi non inarguta videtur. Quae in usufructu « pecuniae diximus [*vel ceterarum rerum quae sunt in abusu*] eadem et in usu « dicenda sunt, nam idem continere usum pecuniae et usumfructum et Iulianus « scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus ». Le ultime parole « nam idem continere usum pecuniae et usumfructum etc. » rivelano il carattere interpolatizio delle espressioni notate. Se poi i compilatori nelle prime parole del fr. 5 pr. D. h. t. alla parola *pecunia* hanno soggiunta un'espressione (*vel ceterarum rerum*) più generica di quelle notate, cio corrisponde ad un'altra loro alterazione, di cui nella nota 53 sg.

[52]) L'interpolatore, ben sapendo che i vestiti nel diritto dei Codices erano diventati oggetto normale di quasi usufrutto, ha creduto di adattare il passo al nuovo concetto, riferendolo a una ipotesi speciale, in cui i vestiti sono tali, da potere essere oggetto di usufrutto proprio (cfr. alla nota 34); ipotesi, però di cui non vi ha cenno espresso nelle fonti. Non si tratta dunque di un glossema (cfr. § 1 di questo cap.): ma di un'interpolazione, che si collega alle altre da noi notate, relative al trattamento delle cose deteriorabili.

[53]) Le parole *exceptis his quae usu consumuntur* erano certamente anche nel fr. 3 § 1 D. de usufructu 7. 1: « Constitit autem ususfructus ..... (cfr. GRUPE,

ctum. Quo numero sunt vinum oleum frumentum [*vestimenta*]. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit posse *pecuniae*[54]) [*etiam earum rerum* Trib.] usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisdat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Ceterae quoque res (adde[55]): *quae usu consumuntur*) ita traduntur legatario ut eius fiant etc.».

7. Notiamo, in ultimo, una particolarità relativa alla cauzione ex Senatusconsulto; per la quale, se non erro, ricevono conferma le congetture prima esposte intorno al quasi usufrutto delle cose deteriorabili nel diritto classico e nel diritto giustinianeo. In ogni modo, la particolarità presenta sempre interesse in rapporto al diritto giustinianeo, qualunque opinione si accolga intorno all'usufrutto delle cose deteriorabili. Di solito, infatti, gli scrittori dichiarano oggetto della cauzione usufruttuaria o il tantundem eiusdem qualitatis o la

«*Zeit. d. S. S.* XVIII. 217) etiam in servis ceterisque rebus (adde: *exceptis his* «*quae usu consumuntur*»). Ed io credo siano state a bella posta omesse dai compilatori; a quel modo, che nel § 2 Inst. 2. 4 riferito nel testo, dopo le parole *ceterae quoque res* sono state tolte le altre *quae usu consumuntur* (cfr. note 51, 55). Un'alterazione simile (cfr. nota 40) è stata fatta probabilmente anche nel fr. 11 D. h. t. (Ulpiano): «Si lanae alicui legatus sit ususfructus vel odorum vel «aromatum, nullus videtur ususfructus in istis iure constitutus, sed ad Senatus-«consultum erit descendendum, quod de cautione *earum rerum quae usu con-«sumuntur* [*eorum* Trib.] loquitur». Cfr. anche nota 16, cap. III.

[54]) La parola *pecuniae* è qui reclamata, non solo dalle parole precedenti, ma dal riapparire della medesima nel periodo seguente: «Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit etc.». È da rigettare perciò la proposta di qualcuno, cui non sono sfuggite le mende del nostro passo (Böckino, *Pand.* § 166, n. 9) di leggerlo, per richiamo a Ulpiano *Reg.* 24. 27, in tal modo: «Sed utilitatis caussa senatus «censuit posse etiam earum rerum (*quae ipso usu consumuntur*) usumfructum «constitui etc ». L'aggiunta delle parole *quae ipso usu consumuntur* è esclusa dal tenore del periodo successivo: «Ceterae quoque res etc.».

[55]) Cfr. nota 54 precedente. Con questa inserzione, ove si ammetta che nel periodo «Quibus proxima est pecunia numerata» e nei due che seguono si è sempre parlato, come per incidente, del denaro, il discorso viene a riannodarsi in modo affatto naturale al primo detto. Anche Schrader, *Comm. ad Inst.* v. *ceterae res* vorrebbe al punto indicato sottintendere parole simili a quelle aggiunte nel testo; ma ciò non è possibile, se non si ammette in precedenza il cambiamento di cui ho detto poc' anzi alla nota 54.

stima [56]); quasi che vi fosse scelta tra i due modi e la scelta fosse rimessa all'accordo delle parti [57]). La scelta, in realtà, sembra ammessa nel fr 7 D. h. t. di Gaio. Vi si aggiunge però a riguardo del secondo modo «*quod commodius est*»; parole, che l'opinione dominante riferisce all'interesse di ambedue le parti, come se il secondo modo fosse loro più comodo per la maggiore semplicità dell'atto [58]). Contrasta però al fr. di Gaio cit. il § 2 Inst 2. 4; nel quale, fatta eccezione del denaro, per le rimanenti cose, distruttibili e indistruttibili, sembra imposta la restituzione della stima. Il passo, di solito, si trascura o si crede piegabile al significato dell'altro [59]): ma non manca chi per contrario ne tien conto a preferenza del passo di Gaio [60]). Di fronte al sistema giustinianeo, a me non par dubbio che, data l'evidente antinomia, non si debba e non si possa tener conto, nè del fr. di Gaio, nè del passo delle Ist. citato. Non del primo, perchè non si vede come ci si debba regolare in caso di disaccordo delle parti: non del secondo, perchè non si vede la ragione di limitare al caso del denaro quello che nella materia del mutuo vale

[56]) Così, di solito, tutti gli scrittori, qualunque sia la loro opinione intorno all'usufrutto delle cose deteriorabili. Ved. p. es., da una parte FERRINI, *Pand.* § 366; BOECKING, *Pand.* § 116, n. 22; ARNDTS, *Pand.* I § 181; MAYNZ, *Cours*, I § 128, n. 10; e dall'altra parte, GIRARD, BRUGI, RONGA, ll. cc. Cfr. anche art. 587 C. Napoleone. Qualcuno però, pur avvertendo che dietro accordo delle parti ci può essere restituzione di stima, riferisce l'obbligo della restituzione principalmente al tantundem: WINDSCHEID, *Pand.* § 206 alla nota 3. Anche HANAUSEK, op. cit. pp. 30-31 nega che vi sia una norma di restituzione. alla quale le parti debbano sottostare; e ritiene che per la nostra ipotesi o quistione sia sempre decisiva la volontá degli interessati. Egli aggiunge però, che, quando le parti non si sono espresse o la cauzione è stata omessa all'atto della consegna della cosa, convenga distinguere, se le cose sono fungibili o no. Ma allora convien dire lo stesso nel caso di disaccordo degli interessati; e riconoscere che vi è una norma, alla quale le parti devono sottostare.

[57]) Il BUERKEL, op. cit. p. 43 nota 1 intende l'opinio communis, come se per essa la scelta fosse rimessa al quasi usufruttuario; anzi, egli interpreta in tal senso, contro l'opinione del Duranton, l'art. 587 del Cod. Napoleone.

[58]) GIRARD, op. cit. p. 355: «ou encore préférait-on souvent, par plus de simplicité, la somme d'argent à la quelle la valeur de ces choses était alors estimée».

[59]) Cfr. p. es. SCHRADER, *Comm.* ad v. aestimatis-aestimatae.

[60]) DERNBURG, *Pand.* I § 249 alla nota 4; BUERKEL, op. cit. 44. Quest'ultimo però quando la consegna della cosa è avvenuta senza stima, crede sia imposta le restituzione del tantundem. Anche l'art. 483 del nostro C. C. si richiama al caso che la stima non sia stata fatta all'atto della consegna della cosa; e allora ammette che l'usufruttuario abbia la scelta tra il tantundem e la stima.

per tutte le cose fungibili. La decisione conforme ai principî generali è questa, tanto nell' ipotesi che la cauzione da prestare venga richiesta prima, quanto nell' ipotesi che venga richiesta dopo la costituzione del quasi usufrutto: se si tratta di quasi usufrutto a cose fungibili, si può e si deve restituire il tantundem eiusdem qualitatis: se si tratta di cose infungibili [61]), si può e si deve restituire la stima o concordata o giudizialmente determinata.

Risulta implicitamente dalle cose già dette, che il diritto classico, come non conosce un quasi usufrutto a cose infungibili, così neppure un obbligo di restituzione rivolto alla stima [62]). L' idea della stima è balenata ai compilatori in seguito alle modificazioni da essi affermate, per cui anche le cose (prontamente e irreparabilmente) deteriorabili divennero oggetto normale di quasi usufrutto. Come è facile ad intendere, se il quasi usufrutto è ammesso, come vediamo nella parte finale del § 2 Inst. 2. 4 soltanto sulle cose distruttibili, che son tutte fungibili, non vi è luogo a richiamare l' idea della stima. Nessuno ha mai pensato a richiamarla nella materia del mutuo; neppure per osservare (e sarebbe pur lecito, sebbene inutile) che la volontà delle parti può sostituire la stima al tantundem eiusdem generis et qualitatis. Ma se si ammette che le cose deteriorabili di cui ho detto sono oggetto normale di quasi usufrutto, non si può che richiamarsi alla stima, per stabilire l' oggetto della restituzione. E i compilatori l' hanno veduto bene; ma le alterazioni dei frammenti classici corrispondenti non sono riuscite bene del pari. Ecco i due luoghi in quistione, il fr 7 D. h t. di Gaio e il § 2 Inst 2. 4; l'ultimo, riferito per maggiore chiarezza tutto intero; anche cioè in quelle parti, che sono state prima oggetto di esame:

fr. 7 D. de usufr. earum rer. 7. 5 (Gaio): « Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium trans-

[61]) Cfr. in questo senso, e probabilmente con riferimento all' idea di cui ho detto nella nota 66 sg. PEROZZI, *Ist.* p. 502 e HANAUSEK, op. cit. p. 30; l'ultimo nei limiti che sono stati espressi alla nota 56.

[62]) Il Senatoconsulto nel suo disposto letterale (cfr. sopra alle note 39-41) aveva parlato di una cauzione idonea per la restituzione di altrettanta somma, in riguardo del denaro (§ 2 Inst. 2. 4: « ut tamen eo nomine heredi caveatur »; fr. 2 D. h. t.: « sed de pecunia recte caveri oportet »); e aveva parlato di restituzione di altrettanto eiusdem qualitatis, in riguardo al caso di cose distruttibili (§ 2 in f. Inst. h. t.; fr 2 D. h. t.). Cfr. DE RUGGIERO, op. cit. pp. 87-88.

ferri debet et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur [*aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, quod et commodius est*]. Idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae *abusu* [*usu* Trib.] continentur, intellegemus».

§ 2 Inst. de usufr. 2. 4: «Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur, nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum [*vestimenta*]. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit posse *pecuniae* [*etiam earum rerum* Trib.] usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisdat heredi de tanta pecunia restituenda si morietur aut capite minuetur. Ceterae quoque res (adde: *quae usu consumuntur*) ita traduntur legatario ut eius fiant: sed [*aestimatis his*] satisdatur, ut si morietur aut capite minuetur *tantundem eiusdem qualitatis* [*tanta pecunia* Trib.] restituatur [*quanti eae fuerint aestimatae* Trib.]».

Che le parole «*aut aestimatis - commodius est*» del fr. di Galo e le altre del passo delle Istituzioni che vi corrispondono *aestimatis his... tanta pecunia... quanti eae fuerint aestimatae* siano interpolate, risulta con piena evidenza dalla sostituzione della parola *usu* nella espressione classica «quae *abusu* continentur» del fr. di Gaio e dalla omissione delle parole *quae usu consumuntur* dopo le parole *ceterae quoque res* dell'ultimo periodo delle Istituzioni. Le due interpolazioni si illuminano a vicenda, tanto più che in altri luoghi [63]) si osserva una simile alterazione, fatta nell'intento di oscurare il contenuto classico del noto Senatoconsulto. Per ciò che riguarda il nostro punto, si credette con le tumultuarie alterazioni accennate di provvedere all'ipotesi di quasi usufrutto su cose deteriorabili (cose non fungibili); e si provvide in modo contraddittorio, che non risponde ai principî generali. Come si sa, il caso è capitato altre volte ai Giustiniani.

[63]) Cfr. cap. I, nota 53.

Quanto all'affermazione precedentemente emessa da noi, che le cose distruttibili son tutte fungibili, essa è conforme all'opinione della grande maggioranza degli scrittori, antichi e moderni [64]). Gli antichi scrittori perciò, come è stato notato da Hanausek, adoperavano la parola fungibile in luogo di consumabile; e ne abbiamo un esempio relativamente recente nel Glück [65]). Qualche scrittore moderno [66]) crede che vi siano dei casi eccezionali di cosa distruttibile, non fungibile: e citano il caso di un preparato chimico di ignota preparazione (Bürkel) e quello di un lavoro artistico di pasticceria (Goldschmidt). Si tratta, come si vede, di casi di estrema rarità; e poichè non ne troviamo cenno nelle fonti, sarebbe strano che ad essi appunto si riferissero i nostri giureconsulti, quando trattavano della cauzione usufruttuaria. Ho inoltre qualche dubbio intorno al loro valore; e vista l'autorità di coloro che li hanno proposti, non voglio tacerlo. Mettiamo subito da parte il caso addotto dal Goldschmidt; perchè, a mio avviso, lavoro artistico nel senso proprio della parola non può aversi di roba da mangiare; onde poi l'impossibilità di prescindere dal peso, quando si voglia determinare il valore dei prodotti del mestiere di cui si tratta. Soltanto l'arte, la vera arte, può imprimere alle sue creazioni un tal valore, per cui diventa trascurabile quello della materia, della quale si è servito l'artista: ed ecco perchè le creazioni artistiche non si pesano, nè si misurano. Passiamo all'altro caso, proposto dal Bürkel. O si tratta di preparati che si conservano come campione, appunto per fare ricerche intorno alla loro composizione, ovvero per mantenere sempre eguale la loro fabbricazione; e allora non sono cose fungibili, ma nemmeno sono cose distruttibili [67]). O si tratta di preparati che si vanno mano a mano smerciando, sia pure mantenendo il segreto di fabbricazione; e allora sono cose fungibili e distruttibili. S'intende, che de-

[64]) Cfr. i citt. da Buerkel, op. cit. p. 9 e p. 11 e quelli citt. da Hanausek, op. cit. p. 10; ai quali giova aggiungere (cfr. cap. II, nota 11) Waechter, *Pand.* I, p. 291.

[65]) Hanausek, loc. cit. Il benemerito traduttore italiano del Glueck, *Comm. alle Pand.* 7. 5, p. 356 ha voluto, a modo di correzione, sostituire alla parola fungibile la parola consumabile; ma forse non opportunamente.

[66]) Hanausek, op. cit. p. 14 e i citt. ibid., Buerkel e Goldschmidt, *Handbuch des Handelsr.* Cfr. anche Perozzi, *Ist.* p. 371.

[67]) Cfr. cap. III § 1.

terminate porzioni di cose distruttibili possono sempre essere oggetto di un negozio giuridico come cose non fungibili [68]); ma ciò non ha importanza per l'argomento.

II.

Quasi usufrutto sopra cose nè distruttibili nè deteriorabili.

1. Nel corso di questo scritto ho adoperate di frequente le parole *distruttibili, indistruttibili*, per indicare particolarmente quelle cose, che un uso conforme alla loro destinazione economica vale, non vale, a distruggere o cambiare di destinazione economica. Il *quodammodo extinguitur* del § 2 Inst. 2. 4 mostra che non sono del tutto aliene dalla terminologia delle fonti; e in ogni modo esse mi abbisognavano e mi abbisognano ancora, per esporre alcune particolarità dogmatiche del nostro argomento. Il senso poi delle parole *deteriorabili* e *non deteriorabili* è quello che risulta dalla teoria, che abbiamo ritenuta vera in confronto del diritto giustinianeo; e non staremo a ripetere di continuo i requisiti speciali, che la deteriorabilità deve presentare, a ciò che la cosa di cui si tratta possa essere oggetto di quasi usufrutto.

Un quasi usufrutto sopra cose nè distruttibili nè deteriorabili è ammesso da tutti gli scrittori, quando intervenga ad ordinarlo una particolare determinazione di volontà. Come sappiamo, i seguaci della teoria classica relativa all'usufrutto delle cose deteriorabili applicano anche ad esse codesta idea; e così spiegano l'espressione *non sic, ut quantitatis ususfructus legetur* del fr. 15 § 4 D. 7. 1. La giurisprudenza classica (lo abbiamo già accennato) non ha probabilmente affermata la possibilità di un quasi usufrutto sopra cose indistruttibili, quando intervenga una particolare determinazione di volontà del costituente. Non già che vi facciano ostacolo i principî generali; non già che in qualche caso speciale il quasi usufrutto non possa preferirsi all'usufrutto proprio, riguardando l'interesse della persona che ne è inve-

[68]) Cfr. p. es., WAECHTER, loc. cit.

stita[1]): ma l'affermazione non era reclamata dal comun modo di servirsi del nostro istituto. Soltanto una persona versata nel diritto può immaginare di ricorrere al quasi usufrutto, quando l'oggetto di cui si tratta è abile d'usufrutto proprio. E anche i Giustiniani, quando hanno affermato che il nostro Senatoconsulto può avere per oggetto qualunque cosa, non hanno, io credo, inteso riferirsi a questo caso voluttuario di quasi usufrutto.

Come ho avuto occasione di accennare, i seguaci della teoria giustinianea relativa all'usufrutto delle cose deteriorabili, per spiegare l'espressione del fr. 15 § 4 D. 7. 1 *non sic, ut quantitatis ususfructus legetur* avrebbero voluto ammettere la possibilità di un usufrutto proprio sulle cose deteriorabili Ma questa, lo dissi già, è mera contraddizione, quando si ritengano le cose deteriorabili oggetto normale d'usufrutto improprio. Di qui un'ulteriore conseguenza di fronte al diritto Giustinianeo e a ogni modo di fronte all'opinione cui ora si è accennato. Il concetto delle cose consumabili è divenuto nel diritto Giustinianeo molto diverso da quello che era nel diritto classico; e diverso a tutti i possibili effetti giuridici[2]). Cose consumabili sono ora non soltanto le cose distruttibili, ma anche le cose deteriorabili. S'intende, che la qualità di cosa deteriorabile deve riconoscersi in un oggetto, senza badare se il pronto, irreparabile deterioramento avverrà più o meno per fretta. Un vestito di stoffa inglese durerà magari fino a quel limite massimo, che a quanto ci fa sapere l'Arndts[3]), è consentito al saio francescano; mentre un vestito di stoffa fabbricata nel mio paese natale non dura a volte una stagione. Per il concetto della deteriorabilità delle cose, ciò non ha importanza. Si devono per conseguenza dire deteriorabili nel noto senso anche quelle cose che *quasi subito* diventano inservibili; perchè a ogni modo il concetto loro rimane sempre distinto da quello delle cose distruttibili[4]). Cose inconsuma-

[1]) Cfr. le ipotesi, di cui nel fr. 41 pr. § 1 D. de usufr. 7. 1.

[2]) Ciò non trova ostacolo nelle disposizioni, di cui alle note 17-18 del cap. I. Quelle limitazioni, che si riconoscono (nota 19 ibid.) esistenti in rapporto alle cose distruttibili fatte oggetto di un contratto di uso temporaneo, esistono pure sebbene in confini più ampi, in rapporto alle cose deteriorabili.

[3]) *Civilistische Schriften* I, p. 197.

[4]) Cfr. cap. I, nota 13. Si può dire che l'uso normale fa diventare *immediatamente* inservibili le cose distruttibili; inservibili, almeno in rapporto alla destinazione economica originaria.

bili per contrapposto sono le altre, non irreparabilmente (immobili) nè prontamente deteriorabili. Ecco perchè nel § 2 Inst. 2. 4 noi vediamo citate dai compilatori fra le cose consumabili (*res quae usu consumuntur*) le vesti insieme con l'olio, il vino e il frumento. Codesto, che sarebbe stato un errore di fronte al concetto classico delle cose consumabili, risponde benissimo al nuovo e più esteso concetto, che delle cose consumabili ci dobbiamo formare in corrispondenza delle mutazioni giustinianee. Che se a qualcuno paresse distante dall'uso volgare della parola il dire consumabili le cose deteriorabili, pensi che è molto più distante da codesto uso il dirle inconsumabili. E pensi sopratutto che i nostri concetti della consumabilità e della inconsumabilità delle cose, formati a scopi sistematici, rispondono a fatti concreti, ma a fatti cui la vita quotidiana non attribuisce particolare importanza. Quando perciò vogliamo esprimere le nostre distinzioni in proposito, siamo costretti a servirsi di vocaboli, i quali non possono esattamente significarle per rapporto all'uso volgare: e salvo a crearne dei nuovi [5]), conviene di necessità intendersi sul concetto che con quei vocaboli vogliamo affermare.

2. Vi è un'altra ipotesi, di fronte alla quale bisogna ammettere un quasi usufrutto sopra cose nè distruttibili nè deteriorabili; ipotesi, che ha ben altra importanza pratica di quella prima accennata e che nondimeno in tutta la sua comprensione sfugge alla generalità degli scrittori.

E intanto si ponga mente al caso del denaro (*pecunia numerata*). Il denaro, come si sa, per espressa dichiarazione delle fonti, è cosa consumabile: consumabile, sebbene indistruttibile e non deteriorabile, perchè *in ipso uso* (adsidua) *permutatione quodammodo extinguitur* [6]) La motivazione non è stata sempre pienamente intesa, o almeno pienamente espressa. Qualcuno dice, a spiegare la consumabilità del denaro [7]): *spenderlo è consumarlo*. La ragione non sarebbe suffi-

[5]) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.* § 140, nota 1.

[6]) § 2 Inst. 2. 4. La parola *adsidua* sembra accennare a un ripetersi dell'atto, forse in riguardo all'ipotesi di una somma rilevante; e non mi pare dia senso buono. Cfr. l'interpolazione della parola *saepe* nel fr. 6 D. de furtis 47. 2, indicata nei miei *Studi sul delitto di furto* I (studio 2°, cap. I, nota 9) e confermata dal FERRINI, *Dir. pen.* pag. 38.

[7]) Cfr. p. es. ARNDTS, *Pand.* § 52; DERNBURG, *Pand.* § 75. In senso corretto, vedasi p. es. WINDSCHEID, *Pand.* § 140. L'espressione che risponde, piena e fedele,

ciente, perchè si potrebbe ripetere per qualunque cosa che si dà via. La ragione piena è questa, e attengono qui le parole *in ipso usu* della espressione testuale sopra riferita: che il denaro, come mezzo pubblico degli scambi è normalmente, in qualunque patrimonio, destinato economicamente ad uscirne, ad essere alienato. E la destinazione economica all' alienazione è destinazione di consumazione; perchè tocca alla sostanza della cosa (*abusus est*), precisamente come la distruzione e la deteriorazione pronta e irreparabile.

Ciò posto, bisognerà aggiungere alla categoria delle cose consumabili tutte quelle cose fungibili, che, ad usarle conforme alla loro destinazione economica, devono essere alienate. Che le fonti indichino soltanto il caso del denaro, non importa: ciò attiene alla circostanza singolare che il denaro è l' unica tra le cose indistruttibili e non deteriorabili che sia normalmente, in qualunque patrimonio, destinata all' alienazione. Ma il concetto della consumabilità delle cose, già per insegnamento della giurisprudenza classica, non ricorre soltanto in rapporto alla destinazione economica normale, ordinaria, di una cosa. Richiamo un punto, cui ho incidentalmente accennato in precedenza [8]). Una cosa, o distruttibile o deteriorabile, assume sempre qualità d'inconsumabile, quante volte venga assunta ad una destinazione economica speciale, straordinaria, la quale impedisce o rallenta notevolmente la distruzione o deteriorazione irreparabile che proverrebbe dall' uso conforme alla destinazione normale ordinaria della cosa [9]). Così è, p. es, del grano, delle vesti e simili, che si conservano nei musei. E in rapporto alla categoria delle cose consumabili per alienazione, le nostre fonti ci offrono l' esempio elegantissimo, vivo anche nel costume odierno, del denaro adoperato come monile [10]); assunto cioè, a una speciale straordinaria destinazione economica, che esclude il fatto su cui riposa la consumabilità del danaro, onde la conver-

al passo delle Istituzioni è questa: *spenderlo è come distruggerlo, mentre lo si usa conforme alla sua destinazione economica.* Le parole *quodammodo extinguitur* si riferiscono al fatto che, tanto nel diritto classico come nel diritto giustinianeo, le cose distruttibili costituiscono la categoria principale delle cose consumabili; in quanto la estinzione è il caso principale di violazione della sostanza delle cose.

[8]) Cap. I, § 4 in f.

[9]) Cfr. p. es. Elvers, op. cit. pp. 591-592.

[10]) Cfr. fr. 28 D. de usufr. 7, 1, riferito alla n. 25, cap. I.

sione di esso in cosa inconsumabile. In modo analogo, una cosa *fungibile*, indistruttibile e non deteriorabile e perciò normalmente inconsumabile, prende sempre qualità di consumabile, quante volte venga assunta ad una speciale straordinaria destinazione economica d'alienazione. Così, p. es., sono consumabili i prodotti, anche indistruttibili e non deteriorabili, di un'arte manuale o di un'industria, in rapporto al patrimonio dell'artefice e dell'industriale: e sono pure consumabili, sempre ad esempio, le cose fungibili, anche indistruttibili e non deteriorabili, delle quali una persona fa commercio, in rapporto al patrimonio del commerciante [11]). L'importanza pratica di queste conseguenze è palese, specialmente per la figura dell'usufrutto generale. Si hanno nei casi accennati delle cose, sulle quali deve ammettersi un quasi usufrutto invece di un usufrutto proprio. Ciò torna di vantaggio per la persona a cui il diritto riguarda, se le cose sono indistruttibili e non deteriorabili; perchè tali cose possono essere infruttifere, naturalmente e civilmente; e l'uso loro può in certi casi riuscire perfino oneroso [12]).

3. Esaminate ad una ad una le categorie di cose che risultano

[11]) A questo caso accenna anche il DERNBURG, *Pand.* § 219, n. 6, ma in riguardo di un legato di usufrutto; e quasi si trattasse di interpretare la volontà del de cuius, senza alcuna distinzione fra cose fungibili e infungibili. Più esplicito è il richiamo del KOHLER, *Jhering's Jahrb.* vol. 24, pag. 187 e segg. (particolarmente pag. 231-232). Il caso di un usufrutto a un insieme di mercanzie, destinate alla vendita, è collegato a quello del denaro, sia pure senza trarne un principio generale in rapporto alla teoria del quasi usufrutto; come applicazione anzi (cfr. particolarmente pp. 302 e segg.) di uno speciale diritto di usufrutto (*Dispositionsniessbrauch*), che è estraneo al diritto romano, almeno al diritto romano classico. Le traccie che di cotesto istituto egli trova nelle fonti del diritto classico s'intendono benissimo, riferendosi al concetto giuridico dei frutti, quale è reclamato dalla diversa attitudine economica della cosa che li produce. Ma già prima dei due ora citt. il WAECHTER, *Pand.* I § 63, p. 291 in f. aveva dichiarato che la destinazione all'alienazione di una cosa fungibile conferisce ad essa il carattere della consumabilità. Egli non insiste molto sopra il principio, ma è chiaro che lo ha desunto per analogia dal caso del denaro; dal quale deriva pure quella limitazione relativa alle cose fungibili, cui forse alcuni pochi non assentiranno (cfr. cap. I, nota 63), ma che corrisponde a tutto l'insieme dei principii della materia. È inutile dire che la volontà del de cuius potrà sempre riguardare come consumabili delle cose infungibili, che sebbene destinate all'alienazione, non potrebbero essere di loro natura oggetto di quasi usufrutto: cfr. il caso di cui parla il BUERKEL, op. cit. p. 19. Il principio ha importanza, io credo, anche per l'interpretazione dell'art. 557 Cod. Napoleone e dell'art. 483 Cod. Civ. Ital.

[12]) Cfr. fr. 41 pr. § 1 D. usufr. 7. 1 cit. alla nota 1.

comprese nel concetto di cosa consumabile, noi possiamo anche indicare il valore sistematico del concetto stesso. Cose consumabili sono le cose che non possono essere oggetto di usufrutto (proprio), perchè l'uso conforme alla loro destinazione economica ne offende la sostanza [13]). Questo intendono significare le fonti, quando le designano con l'espressione *res quae in abusu continentur* e simili [14]); e questo significano addirittura con l'espressione *res in quibus ususfructus propter abusum constitui non potest*, che si legge nel fr. 11 § 2 D. de iureiur. 12. 2. Sta bene, che codeste espressioni ci offrono un concetto negativo; il quale riuscirebbe inutile, se non venisse determinato quando è che l'uso conforme alla destinazione economica di una cosa ne offende la sostanza. E per conto nostro, abbiamo già determinato che di fronte al diritto giustinianeo l'uso regolare offende la sostanza di una cosa, quando produce, o distruzione (sia materiale, che economica) o pronto e irreparabile deterioramento, o alienazione. Ma, in tanto i fatti accennati hanno valore in rapporto al concetto della consumazione, in quanto essi importano alla teoria dell'usufrutto. Così, per esempio, la ragione, per cui nel nostro sistema, anche in relazione a un semplice cambiamento di destinazione economica, si deve, come ha fatto Ulpiano [15]), affermare il concetto della consumabilità, è che nel diritto romano un cambiamento di destinazione economica importa estinzione dell'usufrutto [16]). Tale

[13]) Cfr. Ulp. 21. 26: «Ususfructus legari potest earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas». Non vi ha, ch'io sappia, nelle fonti altra espressione, per indicare in senso positivo le cose inconsumabili, che questa, risultante dal passo di Ulpiano.

[14]) *Res quae in abusu continentur* Ulp. 24. 27. Nel fr. 5 §§ 1, 2 D. 7. 5 si hanno per interpolazione (cap. I, nota 51) le espressioni, che possono anche essere classiche: *res quae in abusu consistunt, res quae in absumptione sunt, res quae in abusu sunt*. A queste corrispondono in senso positivo le espressioni *res quae usu consumuntur* (Dig. 7. 5) *res quae usu tolluntur* (fr. 1 D. 7. 5) e *res usu consumtibiles* (fr. 101 D. de leg. III). Soltanto nelle Istituzioni (2. 4) si ha l'espressione «res quae *ipso* usu consumuntur»; cui corrisponde l'altra relativa al denaro «quia *in ipso usu* adsidua permutatione quodammodo extinguitur». Quest'ultima, salvo forse per la parola *adsidua* (nota 6) può essere classica. L'altra non mi parrebbe. Essa accenna a un'idea, che si riscontra anche in taluni moderni (nota 15 al cap. I) e che qualcuno (GIRARD l. c.) esprime con le parole, certo non testuali «res quae *primo* usu consumuntur».

[15]) Cap. I, nota 14.

[16]) Cfr. p. es. fr. 5 § 2, fr. 10 § ult., fr. 11 D. quib. mod. usufr. 7. 4; § 3 Inst. de usufr. 2. 4.

modo di estinzione, come si sa, non è stato accolto nel nostro Codice civile [17]). Di qui la conseguenza, che nel sistema del Codice le cose, rispetto alle quali un uso regolare produce soltanto un cambiamento di destinazione economica, non potranno dirsi senz' altro consumabili; anzi, dovranno dirsi inconsumabili, se tali risultano in confronto della nuova destinazione economica.

III.

Quasi usufrutto su cose incorporali.

1. Le cose incorporali non sono oggetto abile d' usufrutto; e la giurisprudenza classica non ammise nemmeno che potessero essere oggetto di quasi usufrutto; non estese cioè, ad esse il disposto del noto Senatoconsulto. Vi ripugnava, se non altro, la natura di codeste cose, o non suscettibili di cessione, o non suscettibili di restituzione a quel modo che può esserne suscettibile una cosa corporale. Tutto ciò significa, a dirla con termini equivalenti, che le cose incorporali non erano nel diritto classico, nè consumabili, nè inconsumabili. Piacque invece, come sappiamo, ai Giustiniani di generalizzare il disposto del Senatoconsulto, allo scopo appunto di comprendervi le cose incorporali. Il che non significa che le cose incorporali sono state assunte fra le consumabili [1]): significa soltanto che il quasi usufrutto, è diventato possibile, tanto alle cose consumabili, che alle cose incorporali [2]). E l' estensione, non solo venne dai Giustiniani

[17]) Cfr. artt. 513, 515, 519, 520.

[1]) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.* § 206, n. 6*a*-8. Tener conto di tutta la letteratura sull'argomento di questo cap. quale, in rapporto particolarmente ai crediti, essa risulta dalle citazioni del W. mi sarebbe stato possibile; ma non ho creduto, pei resultati già ottenuti, mi fosse necessario.

[2] Sopra le cose incorporali è possibile soltanto un quasi usufrutto, mai un usufrutto proprio, qualunque sia la cosa di cui si tratta e qualunque sia la volontà dell'agente. Ecco perchè è indifferente che il costituente parli in relazione ad esse di usufrutto o di quasi usufrutto. Gli scrittori antichi e moderni (GLUECK, *Comm. alle Pand.* 7. 5, trad. ital. pp. 370-371, note *q* ed *r*), i quali ritengono che i crediti possano essere oggetto di usufrutto proprio, versano in un singolare errore. L'opinione non sembra molto seguita; e certo non è accolta dal Windscheid, quan-

applicata particolarmente alle servitù e ai crediti, ma anche al contenuto dell'usufrutto generale; alterando, come vedremo, più e diversi luoghi delle fonti. Per buona fortuna, le alterazioni sono state fatte in modo, da palesarsi per più d'un indizio; in modo dunque da riuscire una conferma di quelle precedentemente notate.

2. Determiniamo anzitutto le particolarità del quasi usufrutto sopra le cose incorporali, quali risultano nel sistema giustinianeo.

Il quasi usufrutto sopra cose incorporali può avere per oggetto, o un credito o una servitù: non può avere per oggetto un'enfiteusi o una superficie, perchè gli investiti di questi diritti hanno facoltà di dare in usufrutto la cosa stessa [3]. — Trattandosi di crediti, fruttiferi o infruttiferi, la persona cui l'atto riguarda attivamente otterrà la cessione dell'azione nascente dal credito [4]; oppure la remissione del debito, se si tratta di atto a favore del debitore; dietro cauzione di restituire, nei respettivi casi, o l'azione, o quanto da essa venne ricavato, oppure l'arricchimento risentito dalla remissione. Le fonti si esprimono un po' diversamente; accennano cioè, alle usure del credito, invece che al credito stesso. Il che, a riferirsi anche al solo caso di credito fruttifero, non è esatto; e attiene, come vedremo, al diverso modo, nel quale il diritto classico ammetteva la validità di un ususfructus nominis. S'intende poi, sebbene le fonti non vi accennino, che quanto venne ricavato dall'azione ceduta o dalla remissione del credito sarà oggetto di usufrutto o di quasi usufrutto, a seconda della

tunque nella traduzione italiana del Glück si ritenga altrimenti. Conviene tuttavia avvertirne l'errore, in vista dell'autorita di uno di quelli che la professano. L'uso normale di un credito comprende, se il credito è fruttifero, la riscossione delle usure; ma, in ogni caso, deve comprendere l'esazione del credito. I crediti dunque non possono per nessun verso essere oggetto d'usufrutto proprio. Se s'immagina che rispetto ad un credito venga concessa ad un terzo la sola facoltà di riscuotere le usure, l'ipotesi esce fuori del concetto di usufrutto; precisamente come n'è fuori l'ipotesi che ad una quantità di commestibili si conceda l'uso ad pompam È uso, codesto, ma non tutto l'uso, conforme alla destinazione economica della cosa di cui si tratta. La concessione dunque di esso cade sotto altre figure giuridiche (costituzione di rendita; commodato o locazione), ma non sotto quella dell'usufrutto.

[3]) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.* § 206, n. 16.

[4]) Cfr. DERNBURG, *Pand.* II § 47. Non ignoro che molti ammettono, già nel diritto giustinianeo, quello che troviamo poi nel diritto comune (DERNBURG, *Pand.* II § 48: cfr. FERRINI, *Pand.* § 469, n. 3). Ma forse il punto non ha importanza per la quistione di cui ci occupiamo.

natura della prestazione, oggetto del credito [5]). Trattandosi di una servitù personale, di tal natura che ne possa essere ceduto l'esercizio (p. es. l'usufrutto), la costituzione di usufrutto sopra di essa importerà la cessione dell'esercizio, dietro la solita cauzione di restituire la cosa in caso di morte (naturale o civile) del quasi usufruttuario. Trattandosi infine di una servitù prediale (da costituire), bisognerà nel sistema non tener conto dell'applicazione che in certo luogo delle fonti sembra fatta ad essa della figura del quasi usufrutto. Poichè nel sistema esiste [6]) per altra innovazione giustinianea [7]) la figura delle così dette servitù personali innominate o irregolari, la costituzione di usufrutto a riguardo di una servitù prediale, può e deve intendersi come costituzione di una servitù personale innominata Soltanto nel caso [8]) che la servitù prediale esista già nel patrimonio del costituente e sia permesso cederne l'esercizio, si potrà ammettere, come sembra espresso nel luogo delle fonti cui si è accennato, che il costituente o il suo erede debba obbligarsi a non impedire, per quanto è solito durare un usufrutto, l'esercizio della servitù per parte della persona cui interessa l'atto di costituzione. Ma questo non ha nulla che fare col quasi usufrutto.

E qui è opportuno avvertire che una costituzione di quasi usufrutto sopra un usufrutto potrà soltanto in casi eccezionali avvenire causa mortis; nel caso, cioè, che l'usufrutto fosse costituito anche a vantaggio degli eredi [9]). In ogni modo, una simile costituzione di quasi usufrutto potrà sempre avvenire per atto inter vivos. Alcuni pochi scrittori, antichi e moderni [10]) hanno espressa l'opinione che il quasi usufrutto e con esso l'usufrutto generale non potessero aversi

[5]) Cfr. p. es. Boecking, *Pand.* II § 166, note 39-40; Elvers op. cit. p. 598 alle note *gg*, che richiama opportunamente l'analogia del pignus nominis (fr. 13 § 2 D. de pignor. et hypoth. 26. 1); Windscheid, *Pand.* § 206, n 14.

[6]) Cfr. p. es. Dernburg, *Pand.* I § 250, note 18-19; Ferrini, *Pand.* § 381. Ciò che il F. osserva intorno alla importanza di questa figura nel diritto giustinianeo vale ad intendere l'opinione diversa espressa dal Perozzi, *Ist.* p. 505, n. 2, e dal Bonfante, *Ist.* p. 298.

[7]) Cfr. p. es. Ferrini, loc. cit.

[8]) Cfr. Hanausek, op. cit. pp. 82-83.

[9]) Cfr. fr. 5 pr. D. quibus modis 7. 4; da aversi per interpolato, già per indicazione del Fadda e di altri.

[10]) Per gli antichi, cfr. Glueck, *Comm.* IX, p. 411. Fra i moderni, cfr. Ferrini, *Pand.* § 367; Perozzi, *Ist.* § 106: Lahovari cit. dal Buerkel, op. cit., p. 87, nota 1.

che per atto causa mortis; ma l'opinione non è probabile, specialmente in confronto del diritto giustinianeo [11]). Che nelle fonti il quasi usufrutto e l'usufrutto generale non resultino costituiti che per legato non ha importanza sistematica: le fonti si riferiscono a ciò che avviene di solito [12]). E se fosse altrimenti, bisognerebbe dire del quasi usufrutto soltanto nella teoria delle successioni; mentre i classici stessi, non che i CC. giustinianei e tutti gli scrittori moderni, hanno detto e dicono del quasi usufrutto fuori di codesta teorica. E non deve esser taciuto, fra le altre intrinseche considerazioni, che essendo il legato di quasi usufrutto un legato di obbligazione, l'efficacia di esso in rapporto alla costituzione del quasi usufrutto si spiega sempre inter vivos [13]). Onde non si vede, perchè quello che viene ammesso quando ha causa in un legato non debba ammettersi quando ha causa in un atto inter vivos.

3. Esaminiamo ora i passi relativi alle due ipotesi di quasi usufrutto su cosa incorporale, che vengono contemplati nelle fonti; e prima quello relativo alle servitù:

> fr. 1 D. de usu et usufr. 33. 2 (Paolo): « Nec usus nec ususfructus itineris actus viae aquaeductus legari potest [14])... nec erit utile ex senatusconsulto, quo cavetur, ut *pecuniae* [15])... ususfructus legari possit, quia id neque [16])... Sed incerti actio erit cum herede, ut legatario quamdiu vixerit eundi agendi ducendi facul-

[11]) Il diritto giustinianeo riconosce perfino, che è sempre valido un atto, con cui si concede l'uso di una cosa consumabile da restituire, nel senso appunto che si debba poi dare il tantundem eiusdem generis et qualitatis (locazione e deposito irregolare): cfr. WAECHTER, *Pand.* I § 63; e nota 64, cap. I di questo scritto.

[12]) Si sa anche che, secondo l'opinione più probabile, il legato è stato il primo modo di costituzione dell'usufrutto: cfr. p. es. COSTA, *Storia*, II, p. 124; DERNBURG, *Pand.* I § 245, n. 2; PEROZZI, *Ist.* p. 497, n. 1.

[13]) ELVERS, op. cit. p. 583 (cfr. il particolare effetto di cui al cap. IV, nota 21). Ved. anche BUERKEL, loc. cit.

[14]) Il passo prosegue qui: « quia *servitus* esse non potest ». La regola così formulata non sembra classica: o che in luogo di *servitus* fosse *fructus* (Perozzi, Scialoja); o che tutta l'espressione sia interpolata (Ferrini). Apparisce infatti interpolata nel fr. 34 § 1 D. de serv. praed. rust. P. 3 (FERRINI, *Pand.* p. 492, n. 5) la espressione *neque servitutis fructus constitui potest*; per quanto, in sè e per sè considerata, possa essere classica.

[15]) « *pecuniae* quae in bonis *cuiusque* sit », come si è veduto nel cap. I, nota 49.

[16]) Il testo ha qui « quia id neque ex bonis neque extra bona sit »; e l'espressione è inintelligibile. Cfr. sui varii tentativi d'interpretazione, WINDSCHEID, *Pand.*

tatem praestet [*aut ea servitus constituatur sub hac cautione ut si decesserit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur*] ».

Che l'ultimo periodo *aut ea servitus - restituatur,* il quale afferma la validità del legato di usufrutto di una servitù come atto diretto alla costituzione di un quasi usufrutto, sia interpolato, venne già avvertito da altri [17]). Le parole infatti contraddicono a quanto era detto nel principio circa la non applicabilità al caso in quistione del nostro Senatoconsulto [18]). Il giureconsulto affermava soltanto la validità del legato; non come legato di quasi usufrutto, ma come legato di un'obbligazione, avente per oggetto l'esercizio a vita della servitù.

4. Veniamo ai passi relativi all'usufrutto dei crediti, che sono principalmente i seguenti [19]):

fr. 3 D. h. t. (Ulpiano): « *Post quod omnium rerum ususfructus legari poterit.* An et nominum? Nerva negavit: sed est

§ 206, n. 15 e i citt. ibid. Il giureconsulto aveva detto probabilmente « quia di neque *in* bonis *cuiusque* sit neque *in abusu continetur* »; richiamando insieme la lettera e lo spirito del Senatoconsulto di cui si tratta. Cf. cap. I, n. 53.

[17]) A. Fabro nella raccolta del De Medio, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XIII, p. 232; Bonfante, *Ist.* p. 217. Parrebbe che, secondo il Fabro, anche il periodo *Sed incerti - praestet* dovesse ritenersi interpolato. Mancano però gli indizi intrinseci, che si hanno a riguardo di quello successivo. Resta l'indizio della espressione *actio incerti* (cfr. Ferrini, *Pand.* pp. 665, 678); al quale altri non attribuisce importanza, sebbene l'espressione non occorra fuori del Digesto; nè in Gaio, nè nel Codice (cfr. R. v. Mayr, *Zeitsch. d. S. S.* XXVIII, p. 203 e segg., particolarmente p. 216).

[18]) Ciò era stato visto anche da alcuni antichi (cfr. Schulting, *Notae ad Pand.* ad h. l.); i quali perciò attribuivano le prime parole del fr. a Sabino, dal quale con quelle successive avrebbe dissentito Paolo. Cfr. anche Buerkel, op. cit. p. 54.

[19]) La cost. 1 C. 3. 33 non appartiene probabilmente al nostro punto: si tratta di denari, già riscossi in confronto dei debitori dell'eredità al momento del dies cedens. Ciò fa difficoltà a qualcuno (Hanausek, op. cit. p. 95); perchè la cost. esprimerebbe allora una grandissima banalità. Ma è da riflettere alla particolarità che il de cuius aveva esentato dalla cauzione; la cost. cioè, esprime il principio stesso del fr. 6 pr. D. de bonis 36. 4 (Giuliano): « Si pecuniae numeratae ususfructus legatus esset et in testamento cautum, ne eo nomine satis daretur... permittendum satisdare et usumfructum pecuniae habere... nisi satisdetur agi cum herede non poterit ». Si avverta inoltre che si tratta di un rescritto; tanto che non è improbabile che in luogo di *marito* fosse nel testo originale *tuae*: « Si ususfructus omnium bonorum testamento uxoris *tuae* [*marito* Trib.] relictus est, quamvis cautionem a te prohibuerat exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris quam oblata secundum formam senatusconsulti cautione ». Circa al fr. 37 D. 33. 2, cfr. cap. IV alla nota 8.

verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usumfructum legari scribit et remittendas ei usuras »:

— fr. 4 D. cod. (Paolo): « Ergo cautio etiam ab hoc exigenda erit »:

— fr 24 pr. D. de usu et usufructu 32. 2 (Papiniano): « Uxori fructu bonorum legato foenus [*etiam*] sortium, quas defunctus collocavit [*post impletam ex senatus consulto cautionem*] *non* praestabitur etc. ».

Che in quest'argomento dell' usufrutto dei crediti i compilatori abbiano messe le mani, risulta dalla circostanza che, tanto il fr. 3 D. h. t. in relazione al caso di credito concesso in usufrutto al debitore, quanto il fr. 24 pr. D 33. 2 in relazione al caso di credito concesso in usufrutto ad un terzo, dichiarano espressamente che la prestazione cui è tenuto l'erede consiste nelle usure; e non si accenna affatto a una remissione o cessione del credito o dell'azione da esso nascente I tentativi degli scrittori per tener conto in qualche modo [20]) della lettera delle fonti, mantenendo insieme il concetto giustinianeo dell'ususfructus nominis sono vani; perchè, se l'erede fosse tenuto semplicemente in rapporto alle usure, non vi sarebbe ragione di imporre la cautio ex senatusconsulto [21]). E se venisse detto che la remissione o la cessione delle usure si fa una volta tanto, si scambierebbe l'acces-

[20]) Alcuni ritengono (cfr. i citt. da HANAUSEK, op. cit. p. 96 alla nota 8; KELLER, *Pand.* § 175 alla n. 5) che anche di fronte al diritto giustinianeo il legato di usufrutto di un credito non importi l'obbligo della cauzione, nè il diritto di esigere il pagamento: ciò che equivale, mi sembra, ad interpretarlo come un legato di rendita. Si dice benissimo, contro questa idea, che è esplicitamente contraddetta dalle fonti (HANAUSEK, op. cit. pp. 93-94). La medesima osservazione però si può ripetere contro chi tenta (cfr. p. es. HANAUSEK, op. cit. p. 91; FERRINI, *Pand.* § 367) di servirsi di codesta idea nel caso di legato di usufrutto di credito, fatto al debitore stesso; e non varrebbe replicare che il fr. 4 D. h. t. 9. 5 è stato infelicemente posto di seguito al fr. 3 D. eod. Anche nel legato di usufrutto di credito fatto al proprio debitore si deve ammettere obbligo di remissione da parte dell'erede e obbligo di cauzione da parte del legatario.

[21]) Cfr DERNBURG, *Pand.* I, § 249 e BUERKEL ivi cit. L'ELVERS, op. cit. p. 599 dice che l'obbligo della cauzione può esserci in riguardo alla possibilità che esatto il credito venga ad aversi un usufrutto o quasi usufrutto alle cose che erano oggetto del credito. Ma, se l'esazione può e deve esser fatta dall'erede, non si vede il perchè il legatario sia tenuto ad anticipare la cauzione; a prestare cioè, la cauzione prima della costituzione del quasi usufrutto (cfr. BUERKEL, op. cit., p. 62).

sorio col principale: la remissione o cessione cioè, riguarderebbe il rapporto obbligatorio stesso o la sua azione, non già le usure. Nè deve passare inosserv to che la particolarità accennata di una remissione o cessione di usure attiene soltanto a un credito fruttifero, mentre è indubitato che un quasi usufrutto può aversi nel diritto Giustinianeo anche sopra un credito infruttifero.

Nel mio modo di vedere, la giurisprudenza classica ammise, fino dai primi tempi dell'Impero, che fosse valido il legato (per damnationem) d'usufrutto di un credito *fruttifero*, come legato di rendita [22]). È un concetto analogo a quello che risulta dalle parole *sed incerti actio erit cum herede, ut legatario.... eundi.... facultatem praestet* del cit. fr. 1 D. 33. 2, in relazione al caso di legato d'usufrutto ad una servitù prediale. Codesto legato di rendita non dava diritto all'esazione del credito, dava soltanto diritto, in confronto dell'erede, alle usure a cominciare dal dies cedens; cioè, come di regola, dall'adizione dell'eredità. E come osservava Papiniano nelle parole del fr. 24 pr. D. 33. 2 che abbiamo riferite, un simile legato *non* può esser compreso senz'altro in un legato d'usufrutto generale; occorrerebbe che la volontà del de cuius si esprimesse particolarmente in rapporto al credito. Quando i Giustiniani ebbero ad estendere nel modo che sappiamo l'oggetto del quasi usufrutto, credettero di potere applicare il nuovo principio ai casi di usufrutto d'un credito contemplati nelle fonti, senza togliere dai passi dei classici le espressioni, relative alle usure. Essi ampliarono semplicemente la portata dell'usufrutto generale a comprendere l'usufrutto dei crediti (fruttiferi), come vediamo nelle parole sopra riferite del fr di Papiniano; e aggiunsero in ogni caso l'obbligo della cautio ex senatusconsulto. L'aggiunta delle parole *post impletam ex senatusconsulto cautionem* fatta nel fr. 24 pr. D. 33. 2 vi compie la stessa funzione innovatrice, che in relazione al fr. 3 D. h. t. compiono le parole del fr. 4 D. h. t. (*ergo cautio etiam ab hoc exigenda est*) incastrate fra due fr. del commento a Sabino di Ulpiano [23]). Come si sa, questa forma

[22]) Cfr. per un caso inverso, fr. 41 D. de usu et usufr. 33. 2. Naturalmente, anche nel diritto giustinianeo bisogna ammettere la possibilità di un simile rapporto, quando la volontá del testatore siasi particolarmente rivolta a codesto caso (cfr. HANAUSEK, op. cit. pp. 90-91 e p. 93, n. 3).

[23]) Calzano a capello, per quanto nella sostanza non abbiano rapporto col nostro assunto, le parole di F. BUONAMICI (*Rec. solemnes*, Estratto dall'*Arch. Giur.* vol. 43,

di riferimento di brevi parole di un giureconsulto a completare l'idea di un altro nasconde talvolta una interpolazione [24]).

Il secondo periodo poi del fr. 24 pr. D. 33. 2, che a bella posta mi sono astenuto dal riferire, dovette necessariamente essere alquanto modificato, per adattarlo a certa conseguenza e a certo schiarimento, che il giureconsulto era venuto ad aggiungere al principio, da lui affermato nella prima parte del fr., già da noi riferita:

> « Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante *aditionem hereditatis* [*cautionem interpositam* Trib.] debitas velut sortes in *quadrantem* [*cautionem* Trib.] deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis, tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur etc. » [25]).

Il pensiero di Papiniano era semplice e chiaro. Detto che l'usufrutto generale non comprende un legato di rendita in rapporto ai crediti fruttiferi che fanno parte del patrimonio, ne veniva la conseguenza che le usure dei crediti ereditari scadute prima dell'adizione dell'eredità (dies cedens dell'usufrutto generale) dovessero appartenere all'erede ed essere calcolate nella Quarta a cui egli ha diritto. La cosa è diversa, soggiungeva il giureconsulto nel terzo periodo del fr. cit., per i crediti, creati da un atto dell'erede; perchè di questi egli è tenuto addirittura alla cessione. I Giustiniani, in corrispondenza alle mutazioni fatte nel primo periodo del nostro frammento, hanno riferito al momento della costituzione del quasi usufrutto (*ante cautionem interpositam*) ciò che Papiniano riferiva al momento del dies cedens (*ante hereditatis aditionem*); e hanno sottoposto a quasi usufrutto quel credito, che Papiniano diceva incluso nella Quarta [26]). Con

fasc. 3, pp. 14-15): « Ne viene il sospetto che i compilatori trovassero essi e sentissero la necessità di dichiarare che nell'usufrutto della l. 3 citata (D. h. l.) ci voleva la cauzione; e per significare ciò togliessero una massima generale da un luogo, qualunque fosse, di Paolo ».

[24]) Un altro esempio di simile interpolazione per riferimento, e proprio relativo ai due giureconsulti Ulpiano e Paolo (fr. 12. 13. 14 § 1 D. sol. matr. 24. 3), si può vedere nel mio lavoro sul *beneficium competentiae* negli *Scritti in onore di F. Schupfer*, cap. II § 3.

[25]) Le parole che chiudono il passo sono una brutta aggiunta dei compilatori (FERRINI, *Legato sinendi modo*, p. 11): « *aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit super his non cavebitur* ».

[26]) Per altre eliminazioni degli accenni alla Quarta contenuti nei fr. classici relativi all'usufrutto generale, cfr. cap. IV § 1.

tutto ciò bisogna far posto a qualche sottinteso [27]), perchè non vacilli il nesso di conseguenza, reclamato dalla congiunzione *igitur* al cominciare del secondo periodo. I principî affermati dai Giustiniani nei primi due periodi del nostro frammento si possono rendere così:

« L'usufrutto generale comprende il quasi usufrutto dei crediti ereditari e dà così diritto alle usure di quelli fruttiferi con la costituzione del quasi usufrutto [28]). Le usure dunque (*igitur*) di codesti crediti scadute dopo il dies cedens, ma prima che il quasi usufrutto venga costituito, non appartengono al legatario, ma devono come capitale di credito essere sottoposte a quasi usufrutto ».

Rimane da fare un'osservazione intorno alle prime parole del fr. 3 D. h. t. sopra riferito: *Post quod omnium rerum ususfructus legari poterit*. Le parole, in sè e per sè considerate, possono essere classiche. Una simile espressione si legge anche nel fr. 69 D. ad legem Falcidiam 35. 2, in relazione alla portata dell' usufrutto generale: *post Senatusconsultum nulla res est quae non cadit in ususfructus legatum*. La parola *res* senza speciale qualifica indica quelle che sono normalmente oggetto formale dei diritti; cioè le cose corporali. E dopo il nostro Senatoconsulto, è proprio vero che non vi era cosa corporale, che non potesse efficacemente essere sottoposta ad usufrutto e che non fosse compresa nell'usufrutto generale. L'alterazione giustinianea in confronto del fr. 3 D. h. t. (non mi occupo per ora del fr. 69 D. 35. 2) sta nell'aver tratto per riferimento l'espressione citata a comprendere anche le cose incorporali, prendendo motivo da essa per sollevare e decidere la questione, se fosse o no valido l'usufrutto di un credito. Il giureconsulto classico aveva semplicemente posta la quistione: *an ususfructus nominum legari possit*, senza alcun richiamo al nostro Senatoconsulto, che non avrebbe potuto avere importanza nella soluzione di essa.

5. Dietro tutto questo, noi dobbiamo ritenere che i giureconsulti del primo secolo dell' Impero, di cui nel fr. 3 D. h. t. è riferita la diversità di vedute circa l'usufrutto dei crediti, non hanno disputato sulla portata del Senatoconsulto de usufructu pecuniae vel earum rerum quae usu consumuntur. Io riterrei anzi che il Senatoconsulto

[27]) Cfr. anche BUERKEL, op. cit. p. 91.
[28]) Cfr. DERNBURG, *Pand*, I § 248, n. 12; BUERKEL, op. cit. p. 92, n. 1.

fosse un poco posteriore ad essi [29]). Se infatti prendeva di mira il denaro (*pecunia*) *quae in bonis cuiusque esse constaret* bisogna dire che presuppone quello Neroniano; perchè prescinde dalla forma del legato e riconosce valido il legato di usufrutto di denaro, a chiunque questo appartenga. Il che non è supponibile si sia fatto prima del SC. Neroniano. Ma lasciando andare tale particolarità, che ha solo una limitata importanza storica, non è inverosimile che la differenza di opinione tra Nerva da una parte e Proculo dall'altra riguardasse appunto la possibilità d' interpretare un legato di ususfructus nominis come legato di rendita. Nerva l'ammetteva soltanto nel caso di legato fatto al debitore stesso. Infatti il legato d'usufrutto d'un credito (fruttifero) fatto al proprio debitore nella forma sinendi modo, rivela molto meglio l' intenzione del de cuius rivolta alla costituzione di una rendita, che non il legato medesimo ordinato per damnationem a favore di un terzo [30]).

IV.

Usufrutto dei beni.

1. Molto più importante risulta un'altra conseguenza dei principî esposti qui sopra. È erronea cioè, l'affermazione fatta, di solito, dagli scrittori della materia, che l'usufrutto generale o dei beni (*ususfructus bonorum*; [1]) *ususfructus omnium bonorum*) sia diventato possibile dopo il noto Senatoconsulto [2]); o peggio, che il medesimo avesse

[29]) Per le diverse ipotesi intorno all'epoca del Senatoconsulto, cfr. p. es. WINDSCHEID, *Pand.*, § 206, n. 2 e i cit. ibid.

[30]) Gli scrittori, di solito, o riferiscono in modo non precisato la diversità di opinione fra i nostri giureconsulti allo svolgimento della teoria della cessione (HANAUSEK, op. cit., p. 89); o ritengono addirittura che Nerva negasse senza buon fondamento l' applicazione del Senatoconsulto ai crediti contro terzi (cfr. p. es. GLUECK, op. cit. IX, pp. 405-406; GIRARD, op. cit. p. 356).

[1]) L'espressione consueta per indicare l' usufrutto dei beni è *ususfructus bonorum*; ma talvolta occorre *ususfructus omnium bonorum* (cfr., oltre il passo di Cicerone cit. alla nota 5, anche fr. 29 D. de usufr. 7. 1 e const. 1 C. de usufr. 3. 33) e anche *ususfructus universorum bonorum* (fr. 34 § 2 D. de usufr. 7. 1). Nella designazione dell' usufrutto di quota di beni si accompagna, di solito, alla frazione (*tertiae partis* e simili) la parola *rerum* o *bonorum* (fr. 43 D. de usu et usufr. 33. 2; fr. 32 § 8 eod.): ma a volte questa parola viene omessa (fr. 48 D. de usuris 22. 1; fr. 10 D. de praescr. verb. 19. 5).

[2]) Cfr. p. es. PEROZZI, *Ist.*, p. 502.

in mira di render possibile codesto usufrutto [3]). L'usufrutto dei beni esisteva anche prima [4]); come del resto ci fan sapere due notissimi luoghi di Cicerone [5]). Soltanto è da avvertire che nell'epoca della Repubblica l'usufrutto omnium bonorum (lo dice [6]) lo stesso Cicerone) si applicava esclusivamente alle cose indistruttibili, cioè alle cose abili di usufrutto proprio. Quando, in forza del noto Senatoconsulto, fu in certo modo reso possibile l'usufrutto sulle cose distruttibili, anche la portata dell'usufrutto generale venne ad ampliarsi. Cose abili d'usufrutto dei beni furono allora, in uno o altro modo, tutte le cose corporali esistenti nel patrimonio al momento in cui il rapporto poteva dirsi esistente: escluse le cose incorporali e particolarmente i crediti, ancorchè in quel momento esigibili. Sono stati, come sappiamo, i Giustiniani, che, estendendo il Senatoconsulto de usufructu pecuniae alle

[3]) Cfr. p. es. WINDSCHEID, *Pand.* I § 206, n. 2; ELVERS, op. cit. p. 596.

[4]) Cfr. p. es. HANAUSEK, op. cit. p. 1 n. 3 e BRINZ ivi cit.; BOECKING, op. cit. § 166, n. 6; VENEZIAN, op cit. p. 6 note 3-4; GLUECK, *Comm. alle Pand.* 7. 5, trad. ital. p. 355 nota *g*.

[5]) I due passi sono: «(*pro Caecina*, c. IV). Moritur Fulcinius, testamento facit heredem, quem habebat e Caesenna filium, usumfructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat, ut frueretur una cum filio»; «(*Topica*, c. 3 § 17). Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis vel oleariis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est; ea sunt inter se contraria».

[6]) Fu osservato in contrario dal Puchta, cui aderiscono alcuni (ELVERS e gli altri citt. da BUERKEL, op. cit. p. 3., n. 2; cfr. anche KOHLER, op. cit. p 235), che il passo della Topica di Cicerone con le parole *non debet putare id ad se pertinere* significa che la donna non acquista la proprietà del vino e dell'olio di cui si tratta, non già che l'usufrutto non colpisca codeste cose perchè distruttibili. L'osservazione sarebbe vera, osservarono benissimo altri (BOECKING, op. cit. § 166, n. 6; BUERKEL, loc. cit.; VENEZIAN, op. cit. p. 6, n. 4), se la esatta portata di quelle parole non fosse determinata dalla proposizione successiva *usus enim, non abusus legatus est*. Nell'idea del Puchta, Cicerone avrebbe dovuto dire «*usus enim*, non *dominium* etc.» E in sostanza anche il Kohler stesso loc. cit. giunge a questo risultato; perchè, pur ritenendo che Cicerone ammettesse sull'olio e sul vino di cui ragiona un usufrutto (usufrutto di disposizione; cfr. cap. II nota 11), nega che si tratti di un quasi usufrutto. Non s'intende tuttavia come, secondo il KOHLER, op. cit. p. 238, l'usufrutto generale «abbia condotto al quasi usufrutto dopo che il noto Senatoconsulto aveva dileguati i dubbi sorti in proposito». — Ammesso che le parole finali del passo cit. di Cicerone («usus enim, non abusus legatus est») determinino il senso di quelle precedenti «ad se pertinere», non vi è posto, se non m'inganno, neppure per l'ingegnosa ipotesi del COSTA, *Storia* II. p. 128 (DE RUGGIERO, op. cit. p. 84) che Cicerone, negando l'usufrutto, intendesse affermare che le cose distruttibili del patrimonio in questione fossero oggetto di un legato di uso. Cfr. fr. 5 § 2, fr. 10 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5.

cose incorporali, hanno di conseguenza ampliata la portata dell'usufrutto dei beni[7]). Come poi in rapporto a tale innovazione sia stato alterato il fr. 24 pr. D. de usu et usufructu 33. 2 (Papiniano), abbiamo già visto. Aggiungo ora, che in maniera corrispondente deve pure essere stato alterato, sebbene non presenti alcun indizio estrinseco d'interpolazione, il seguente:

> fr. 37 D. eod. 33. 2 (Scaevola): « Uxori meae usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea impleat octodecim: quaesitum est, an praediorum tam rusticorum quam urbanorum et mancipiorum et supellectilis itemque calendarii ususfructus ad uxorem pertineat. Respondit secundum ea quae proponerentur omnium (*excepto calendario*[8]) Scaev.) pertinere ».

2 Rimane da esaminare l'ipotesi che nel patrimonio sottoposto ad usufrutto generale vi siano dei debiti. È superfluo dire che nel diritto classico i debiti rimanevano fuori dell'oggetto dell'usufrutto generale. Se tuttavia l'usufrutto era costituito per legato, avendo l'erede diritto alla Quarta Falcidia, i debiti potevano esser causa di una riduzione del legato; quando, s'intende, non vi fossero stati crediti sufficienti a compensarli. E il procedimento seguito nell'ipotesi che i debiti avessero lesa la Quarta era quella comune: si determinava l'ammontare del patrimonio, deducendo da esso i debiti, e si determinava pure il valore del legato d'usufrutto. Se quest'ultimo risultava superiore a tre quarti (dodrans) del patrimonio netto, si riduceva in proporzione; tenendo conto però dei crediti rimasti fuori dell'usufrutto, da imputare nella Quarta. Si capisce poi che, fatta, ove occorra, la riduzione del legato d'usufrutto, i debiti devono, come di regola, essere pagati dall'erede, il quale terrà a codesto effetto il modo che più crede opportuno.

[7]) Ciò mostra che va intesa con qualche discrezione l'espressione del fr. 39 § 1 D. de V. S. 50. 16: « bona intelleguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt » (cfr. pure fr. 83 D. eod.; fr. 11 D. de iure fisci 49. 14 e cost. 8 § 4 C. 6. 1, di cui al § 4 di questo cap.). Codesto è il significato giuridico più comune della parola *bona*; il significato, cui si richiamano le espressioni *bona vacantia, bonorum possessio, societas omnium bonorum* etc. *Bona* in senso di cose corporali occorre però in taluni casi speciali: p. es. nell'editto vi bonorum raptorum (Dig. 47. 8) e in quello quorum bonorum (Dig. 43. 2). Cfr anche fr. 5 § 6 D. ut in poss. 36. 4.

[8]) Circa l'ususfructus calendari, cfr. GLUECK, *Comm.* IX, § 632, pp. 178-9, note 5-8.

I principî ora esposti non potevano venir meno in conseguenza della disposizione giustinianea, che i crediti sono compresi nell'usufrutto generale. Era cresciuta la portata dell'usufrutto generale e con essa anche la probabilità di una lesione della Quarta; ma i principî, relativi al calcolo di essa e al pagamento dei debiti, rimanevano intatti. Erano pure rimasti tali, quando in forza del Senatoconsulto l'usufrutto generale era venuto a comprendere le cose consumabili. I Giustiniani però in due luoghi delle fonti che trattano del legato d'usufrutto generale, e che tutto fa credere si riferissero al calcolo della Quarta, hanno soppresso che la deduzione dei debiti di cui ivi si parla ha luogo per riguardo ad essa; anzi, in uno di codesti passi, hanno richiamato a motivo della deduzione il principio che dopo il Senatoconsulto non vi ha cosa, la quale non possa essere oggetto del legato d'usufrutto: *quoniam post Senatusconsultum nulla res est quae non cadit in usus-fructus legatum.* Ciò ha fatto ritenere, e con ragione, a tutti gli scrittori che nel sistema giustinianeo i debiti dovessero senz'altro, quasi come contenuto del legato, esser dedotti dall'usufrutto generale, invece di essere dedotti soltanto in rapporto al calcolo della Quarta; e il nuovo principio è trapassato anche nei Codici moderni [9]). Le conseguenze pratiche del quale è facile avvertire quanto fossero diverse da quelle che si sarebbero avute nel diritto classico. Così, per esempio, dato un legato d'usufrutto generale per un terzo (il caso d'usufrutto generale per una quota, che occorre, di solito, nelle fonti), l'usufruttuario viene a risentire l'effetto di un terzo dei debiti. Invece nel diritto classico i debiti, secondo ogni probabilità, avrebbero fatto carico per intiero all'erede; perchè, anche a non tener conto dei crediti, la quota di due terzi ($=^{8}/_{12}$) che gli è stata lasciata supera di cinque dodicesimi la Quarta ($=^{3}/_{12}$) cui il medesimo avrebbe diritto per legge.

Ma più importante ancora è quest'altra conseguenza, che spiega come mai i Giustiniani hanno soppresso ogni ricordo del calcolo della Quarta nel legato d'usufrutto generale. Posto che i debiti devono essere dedotti dal contenuto di un legato d'usufrutto generale, non è più possibile che un simile lascito leda la Quarta. La possibilità della lesione, nel diritto classico posteriore al Senatoconsulto, era rimasta

[9]) Art. 612 Cod. Napoleone; art. 509 Cod. C. Italiano.

soltanto di fronte all'ipotesi che il patrimonio in quistione rimanesse gravato, pur tenendo conto dei crediti, di un passivo rilevante. Se ora il passivo, qualunque sia, deve esser dedotto, è chiaro che il legato d'usufrutto dei beni non potrà mai per se stesso superare il dodrante. Ma qui appunto possiamo offrire la prova evidentissima, che nel diritto classico i debiti non si deducevano dal nostro legato; prova, risultante da un passo, che enuncia come possibile l'ipotesi di un usufrutto generale eccedente la stima del dodrante:

> fr. 29 D. de usufructu 7. 1 (Ulpiano): « Omnium bonorum usufructum posse legari, NISI EXCEDAT DODRANTIS AESTIMATIONEM, Celsus libro trigensimo secundo digestorum et Iulianus libro sexagensimo primo scribit: et est verius ».

È questo l'unico luogo delle fonti che accenna alla Quarta in confronto di un legato d'usufrutto generale; ed è evidentemente sfuggito ai compilatori, perchè nel sistema giustinianeo le parole *nisi excedat dodrantis aestimationem* non hanno più ragione d'essere espresse [10].

È tempo ora di sottoporre al lettore i due passi relativi alla deduzione dei debiti nel legato d'usufrutto generale, della cui alterazione ho già addotto l'argomento principale; non già come vedremo fra poco, l'unico:

> fr. 43 D. de usu et usufructu 33. 2 (Venuleio): « Nihil interest, utrum bonorum an rerum tertiae partis usumfructum legaverit: nam si *rerum tertiae partis* [*bonorum* Trib.] ususfructus legabitur etiam aes alienum ex bonis deducetur et quod in actionibus erit, computabitur, *ut omnimodo quadrans integer apud heredem remaneat* [*at si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur* Trib.] »;
>
> fr. 69 D. ad legem Falcidiam 35. 2 (Pomponio): « Usufructu bonorum legato aes alienum ex *bonis* [*omnibus rebus* Trib.]

[10]) Chi le riferisse all'ipotesi che insieme col legato di usufrutto vi siano altri legati non credo le giustificherebbe; perchè allora non è il legato d'usufrutto che eccede il dodrante. — Di solito, si ritiene che codeste parole abbiano nel diritto giustinianeo un'effettiva importanza giuridica: cfr. p. es. ELVERS, op. cit. p. 593 in nota; GLUECK, *Comm.* IX, § 632, p. 180, n. 12.

deducendum est, *quoniam post Senatusconsultum nulla res est, quae non cadit in ususfructus*[11]) *legatum* ».

Sono note le difficoltà esegetiche e critiche che presenta il fr. di Venuleio[12]); difficoltà, che, a mio avviso, dipendono tutte dalle alterazioni giustinianee. Il senso del fr. è chiarissimo e di qualche importanza di fronte alle disposizioni del diritto classico. Dato il diritto dell'erede alla Quarta, l'usufrutto generale risulta normalmente usufrutto di quota; e anche di fronte ad esso bisogna fare quella deduzione dei debiti e quella imputazione dei crediti, che occorre fare per il calcolo della Quarta nell'usufrutto per quota di un terzo. Le parole *ut omnimodo quadrans integer apud heredem remaneat* ho tolte da Ulpiano *Reg.* 24. 32; per esprimere con parole classiche, sebbene in modo soltanto approssimativo, quanto deve avere espresso Venuleio sulla fine del frammento. Tolta la frase relativa alla Quarta, la contrapposizione dei due casi di usufrutto generale riusciva nel diritto giustinianeo di poco rilievo; e prima mettendo da parte il caso d'usufrutto di quota, poi con l'aggiunta delle parole *at si certarum-observabitur*, si è tentato di trarla ad un altro; il quale però (a parte l'illogico passaggio) riesce egualmente di poco rilievo.

Quanto al fr. di Pomponio, ammettiamo pure[13]), che, rese oggetto abile di usufrutto le cose incorporali (particolarmente i crediti), si dovesse concedere, quasi a compenso, la deduzione deidebiti dal contenuto di un usufrutto generale. Ma noi sappiamo, e oramai da più e diverse constatazioni, che tutto ciò non è stato ammesso che nel diritto giustinianeo. L'espressione *ex omnibus rebus,* invece di quella consueta *ex bonis* che si legge anche nel fr. 43 D. 33. 2 di Venuleio, ho ritenuta appunto quale allusione dei compilatori ai crediti, da essi compresi nell'oggetto dell'usufrutto generale. Ma ciò ha secondaria

[11]) Soltanto di fronte al riferimento giustinianeo delle parole finali del passo, è opportuna la proposta del Böcking, op. cit. § 166, n. 9, di aggiungere qui la parola *bonorum*.

[12]) Cfr. Schulting, *Notae ad Pand.* ad h. l. Guelck, *Comm.* IX, p. 179, n. 9. — Vi ha chi ha proposto di scrivere « *nonnihil* interest », invece di « nihil interest »; e « rerum *certarum* » invece di « rerum tertiae partis ». Il Noodt ha proposto di scrivere « et si *rerum* quod in actionibus est » invece di « et quod in actionibus est »; e la proposta è piaciuta al Mommsen. Tutte queste correzioni hanno di mira il miglioramento della dizione dal punto di vista giustinianeo.

[13]) Cfr. Buerkel, op cit. pp. 107 e sgg.

importanza. Veramente necessaria, in conformità dei principii da noi sostenuti, è soltanto una congettura: che Pomponio cioè, prima delle parole finali *quoniam post Senatusconsultum* etc., affermasse la deduzione dei debiti in rapporto al calcolo della Quarta, press'a poco come abbiamo congetturato l'affermasse Venuleio nel fr. 43 D. 33, 2, sopra riferito. Le parole finali *quoniam post Senatusconsultum* etc., come quelle simili del fr. 3 D. 7. 5 di cui ho detto nel cap. III § 4 in f., possono anche essere classiche: ma nel contesto originario affermavano soltanto l'estensione del concetto dell'usufrutto a tutte le cose corporali.

Del resto, la deduzione dei debiti e la imputazione dei crediti non erano probabilmente ammesse dalla giurisprudenza classica nemmeno nel legato di beni o quota di beni (*legatum bonorum, legatum partis bonorum*); il quale appunto in ciò differiva dalla *partitio hereditatis* o *legatum partitionis*:

> fr. 8 § 5 D. de leg. II (Paolo): « Si cui certam partem *bonorum* [*hereditatis* Trib.] legavero divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum neque funeris impensa deducerentur »;
>
> fr. 9 D. eod. (Modestino): « Cum autem pars bonorum ita legatur: bonorum meorum, quae sunt cum moriar, dos et manumissorum pretia e medio deducenda sunt ».

I passi vengono, di solito, trascurati e le due figure di legato che ho accennate si considerano come una sola [14]). Ciò risponde allo spirito del diritto giustinianeo e alla volontà dei compilatori; ma probabilmente non corrisponde allo stato del diritto classico. Nel diritto classico, dato un legato di beni o quota di beni, le cose corpo-

[14]) Cfr. p. es. MAYNZ, *Cours* III, § 431, n. 35. L'idea del BUERKEL, op. cit. p. 112, che le spese funerarie facciano carico all'erede, quasi si trattasse di un'obbligazione sua propria, è contraddetta dai noti passi delle fonti relativi al calcolo della Falcidia (cfr. ARNDTS, *Pand.* III, § 263, note *d* ed *e*); ove le spese funerarie sono considerate e trattate come debiti ereditari. Quanto alla dote, il fr. 104 § 7 D. de legatis I di Paolo, che sembra dire il contrario del fr. di Modestino riferito nel testo, riguarda appunto, non il legatum bonorum, ma la partitio legata: « Si socero a genero suo herede instituto pars hereditatis alii legata fuisset, deducta dote eum debiturum esse partem hereditatis legatam, Sabinus respondit, quemadmodum, si pecunia ex crediti causa socero debita fuisset, ea deducta partem hereditatis daturus fuisset ».

rali del patrimonio di cui si tratta sono comprese nel legato, o tutte o ciascuna per una quota, senza alcun riguardo ai debiti e ai crediti ereditari. Si ammette soltanto, dietro l'opinione prevalente, che nella ipotesi di un legato di quota dei beni l'erede possa evitare la molestia di un'assegnazione di quota sopra i singoli beni, pagandone al legatario la stima[15]). Deduzione dei debiti e imputazione dei crediti si avevano nel diritto classico solo nell'ipotesi che il de cuius ordinasse un legato di rendita su tutto il patrimonio o su parte del proprio patrimonio[16]); nel quale legato però non è compreso l'uso dei beni corporali, che fanno parte del patrimonio o della quota di patrimonio.

3. La deduzione dei debiti, voluta da Giustiniano a scemare il contenuto dell'usufrutto generale, non è una deduzione di puro calcolo, come quella che si faceva nel diritto classico per la determinazione della Quarta; è una deduzione effettiva, per cui viene scemato l'oggetto dell'usufrutto generale. Ora le nostre fonti nulla dicono intorno al modo di operarla[17]); appunto perchè la deduzione non è classica. Si capisce, che, essendovi nel patrimonio dei crediti o anche delle cose consumabili in quantità sufficiente, si possa e si debba fare un conguaglio coi debiti. Se poi non vi sono nel patrimonio crediti o cose consumabili in quantità sufficiente a compensare i debiti, allora l'usufrutto di ciascuna delle cose inconsumabili comprese nel legato verrà a diminuire proporzionalmente; ossia, il legato d'usufrutto, invece di essere un legato d'usufrutto generale pieno, sarà un legato di usufrutto generale di quota. E siccome nel legato di usufrutto di quota la giurisprudenza classica ammetteva che valessero le disposizioni stesse del legato di quota di beni, per cui l'erede

[15]) fr. 26 § 2 D. de leg. I (Pomponio): « Cum bonorum parte legata dubium sit, utrum rerum partes an aestimatio debeatur, Sabinus quidem et Cassius aestimationem, Proculus et Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt. Sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes sive aestimationem dare maluerit. In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est ».

[16]) fr. 22 D. de usu et usufr. 33. 2. — Come si sa, un legato di rendita, distinto da un legato d'usufrutto, può aversi anche a riguardo di cose singole. Cfr. p. es. fr. 38 D. de usu et usufr 33. 2; fr. 21 pr. D. de annuis 33. 1. — Sul legato di rendita, cfr. anche cap. III alla nota 22.

[17]) Ciò è rilevato anche da Hanausek, op. cit. p. 4.

può, se vuole, disinteressare col pagamento della stima il legatario [18]), così nessun dubbio che ciò debba ammettersi nel nostro caso [19]). Tutto al più nel nostro caso si potrà concedere che l'usufruttario abbia alla sua volta facoltà di offrire all'erede la somma occorrente al pagamento dei debiti. Ma, a meno che si tratti di una piccola somma, sarà ben raro che ciò possa tornargli utile; se, conforme ai principii generali della materia [20]), deve ritenersi che l'usufruttuario, pur avendo diritto al rimborso, quando l'usufrutto viene a cessare, non abbia tuttavia diritto al pagamento delle usure. Il pagamento stesso della stima, che si consente all'erede, non gli sarà sempre vantaggioso; perchè i beni di cui si tratta possono talvolta avere un reddito minimo, un reddito inferiore a quello della loro stima. Vuol dire, allora, che esso concederà al legatario l'usufrutto di tutti e singoli i beni inconsumabili compresi nel patrimonio, per la quota risultante dalla differenza tra l'ammontare dei debiti e il valore di codesti beni. Se, per esempio, i debiti equivalgono a un terzo del detto valore, la quota di usufrutto sarà per ciascuna cosa corporale di un terzo. Si intende, che i debiti fanno sempre carico all'erede, pur essendo obbligato in confronto dei suoi creditori a far valere quei diritti, relativi alla deduzione dei debiti, che sono stati accennati [21]).

Queste, come mi pare, sono le norme che regolano nel diritto giustinianeo la deduzione dei debiti nell'ipotesi di usufrutto generale costituito causa mortis; norme, le quali possono e debbono applicarsi anche alle altre ipotesi di simile usufrutto, sia volontario che legale.

[18]) fr. 32 § 8 D. de usu et usufr. leg. 33. 2: «Usumfructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat: quaesitum est, an pecuniae quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia praestanda sit. Respondit heredis esse electionem, utrum rerum an aestimationis usumfructum praestare vellet». Cfr. anche fr. 10 D. praescr. verbis 10. 5.

[19]) Cfr. infatti il fr. 32 § 9 D. de usu et usufr. 33. 2, a proposito di oneri, che sono da considerarsi quasi debiti ereditari (Buerkel, op. cit. p. 112, n. 1): «Item quaesitum est, tributa praeterea, quae vel pro praediis aut moventibus deberi et reddi necesse est. an eximenda sint ex quantitate, ut reliquae dumtaxat pecuniae [*si hoc heres elegerit*] reddi debeat. Respondit reliquae pecuniae tertiam praestandam». L'inciso «*si hoc heres elegerit*» è evidentemente un'aggiunta che non torna a proposito. O che si tratti di prestare l'usufrutto delle singole cose, o che si tratti di prestare l'usufrutto della stima, gli oneri di cui è detto nel passo vanno sempre dedotti dall'ammontare della eredità.

[20]) Cfr. const. 2 C. de usufr. 3. 33; artt. 502, 509 C. C. Italiano.

[21]) Cfr. Dernburg, *Pand.* 1 § 249 alla n. 13.

Soltanto se si tratta dell'usufrutto del padre sopra il peculio avventizio, hanno luogo particolari disposizioni. Come si sa, il padre congiunge alle ordinarie facoltà dell'usufrutto anche quella di amministrare suo nomine [22]); e con essa la facoltà di alienare, entro certi limiti, i beni stessi che formano il peculio avventizio, ossia il patrimonio del figlio. Dato perciò che vi siano dei debiti, è conseguenziale e risulta del resto espressamente dichiarato, che il padre usufruttuario possa e debba dimetterli alienando una porzione dei beni secondo le buone regole d'amministrazione; preferendo sempre, tra più beni, i mobili agli immobili [23]). Che se trascurasse di farlo e ne venisse danno al debitore, che è il dominus proprietatis (il figlio di famiglia), il padre usufruttuario sarebbe tenuto a risarcirlo; perchè il figlio, salvo casi eccezionali, non può aver modo di pagare lui i debiti, una volta che tutto il patrimonio è sottoposto all'usufrutto paterno [24]). A quanto pare, gli scrittori della materia hanno ritenuto che valga alcun che di simile negli altri casi di usufrutto generale; con questa differenza tuttavia, che sarebbe il dominus proprietatis, il quale dovrebbe comportarsi verso il patrimonio sottoposto ad usufrutto da buon amministratore e operare lui l'alienazione di quanto occorre a dimettere i debiti [25]). Nel mio modo di vedere, non è possibile, di fronte al silenzio delle fonti, attribuire al dominus proprietatis, o magari all'usufruttuario, codesta facoltà, che viene ammessa eccezionalmente a favore del padre nell'usufrutto legale del peculio avventizio [26]).

4. Occorre ora, a conclusione del nostro assunto, di fare un'osservazione intorno alle disposizioni giustinianee, relative all'usufrutto legale del così detto peculio avventizio. Si sa che il peculio avventizio, sorto per una costituzione di Costantino a riguardo dei beni

[22]) Kohler, op. cit. pp. 255 e sgg.

[23]) C. 8 § 4 C. de bonis 6. 61.

[24]) Cfr. cost. 8 § 3 C. de bonis 6. 61, ove a proposito delle spese di liti occorse che devono essere anticipate dal padre, è detto: «cum enim nuda proprietas apud filium invenitur, ex qua substantia possibile est eum sumptus litis dependere?».

[25]) Cfr. p. es. Dernburg, loc. cit. e Hanausek ivi cit.; Windscheid, *Pand.* § 650, n. 4 e Buerkel ivi cit. — Cfr. anche art. 509 C. C. Ital.

[26]) Un'altra disposizione di diritto singolare, relativa all'usufrutto legale, si legge nella cost. 6 § 4 C. de sec. nuptiis 5. 4. L'usufrutto legale della donna binuba è sempre, in riguardo delle cose mobili, un quasi usufrutto (Elvers, op. cit. p. 592, n. 1).

pervenuti ai figli dalla successione della madre (*bona materna*), venne ampliato da costituzioni posteriori (ultima delle quali è la cost. 6 C. de bonis 6. 61, emanata da Giustiniano nell' anno 529) fino a comprendere tutti i beni pervenuti ai figli non ex substantia patris. Tutte le costt. accennate [27]), compresa quella di Giustiniano, parlando delle cose che sono sottoposte all' usufrutto legale del padre, si riferiscono a cose corporali [28]); ciò che è al tutto conforme al concetto classico dell' usufrutto. Quando però Giustiniano nell' anno 531 ebbe ad emanare la cost. 8 C. de bonis 6. 61 con l' intento di dirimere, come è detto nel proemio, varie controversie a cui aveva dato luogo la cost. del 529 che ho sopra citata, dichiarò, fra le altre [29]), che i debiti sono compresi nei beni sottoposti all' usufrutto paterno; il padre cioè, ha diritto e dovere di pagarli, alienando, se occorre, i beni corporali del peculio avventizio:

> Cost. 8 § 4 e § 4*a* C. de bonis 6. 61: « Sin autem aes alienum ex defuncti persona descendit, *cum etiam apud veteres haec esse substantia intellegitur, quae post detractum aes alienum supersederit*, habeat pater licentiam ex rebus hereditariis primum quidem mobilibus, sin autem non sufficiunt et immobilibus, sufficientem partem filii nomine venumdare, ut illico reddatur aes alienum et non usurarum onere praegravetur. Quod si pater hoc facere supersederit, ipse usuras vel ex reditibus vel ex sua substantia omnimodo dare compelletur ».

Ecco, se non m' inganno, il primo cenno ad un usufrutto generale che colpisce tutti i beni, corporali e incorporali, compresi nel patrimonio di cui si tratta. È verissimo che, di solito, i classici, de-

[27]) Constt. 1-4 C. de bonis maternis 6. 60; constt. 1-5 C. de bonis quae liberis 6. 61; e le relative constt. del Cod. Teodosiano.

[28]) Cfr. p. es. nel Cod. Giustinianeo: const. 1 pr. C. 6. 60: « *dominio videlicet earum ad liberos pertinente* »; const. ead. § 2: « *quandoque rem suam vindicante* »; const. 2 C. eod: « *nec ab illis qui ex patre sunt coheredes vindicetur* »; const 2 pr. C. 6. 61: « *dominium ei qui a coniuge vel quae meruit reservetur* »: const. 3 § 1 eod.: « *eorum dominium... non ad avum, sed ad patrem eius perveniat* »; const. 4 § 3 eod.: « *nulla temporali praescriptione obsistente easdem res omnibus modis vindicare* »; const. 6 § 1 eod.: « *dominium autem filis familias inhaereat* ».

[29]) Quello che nei §§ 4, 4*a* della const. citata è detto dei debiti si ripete poi nei §§ 4*b* e 4*c* pei legati e fedecommessi.

terminando giuridicamente il patrimonio o i beni di alcuno, detraevano i debiti [30]); ma è pur vero che non li detraevano, quando il patrimonio era fatto oggetto di usufrutto. E il richiamo di Giustiniano a quel modo più comune di determinare giuridicamente il patrimonio che anche i veteres ammettevano non avrebbe potuto giustificare che un' eccezione ai principî dell' usufrutto, voluta dal legislatore. Di qui poi per opera dei compilatori delle Pandette l' estensione del quasi usufrutto alle cose incorporali, e tutte quelle mutazioni nei frammenti dei classici che vi si connettono; in forza delle quali, fra le altre, l' usufrutto generale venne ad acquistare una nuova, ma unica, portata giuridica.

MUZIO PAMPALONI.

[30]) Cfr. nota 7.

CONTRIBUTO
ALLA
STORIA DELLA FORMAZIONE DELLE PANDETTE

La critica avventurosa e confusa del Hofmann alla dottrina del Bluhme intorno al metodo seguito dai commissarî di Giustiniano nella compilazione delle Pandette ha trovato rapida e si può dir completa demolizione ad opera del Mommsen [1]), di P. Krueger [2]) e del Jörs [3]). La sorte di questo libro è stata in genere la sorte di tutti i libri poco pensati: gli argomenti addotti a favore della tesi in esso sostenuta non han valso che a confermare gli insegnamenti del Bluhme [4]).

Per gli scopi del presente studio a me è occorso considerare il lavoro del Hofmann anzitutto in quanto vi si nega che i compilatori abbiano veramente letto i libri classici ed escerpito in modo parallelo neppure i grandi commentarii *ad Edictum* e *ad Sabinum* ed i libri di Papiniano, i tre capi saldi delle masse Bluhmiane.

È noto come per l'Hofmann (p. 125) i compilatori avrebbero in realtà utilizzato un manoscritto di Ulpiano (*ad Ed.* e *ad Sab.*), glossato ed ampliato, aggiungendovi alcuni pochi libri direttamente escerpiti, e traendo il resto da compilazioni private ed ufficiose (più

[1]) *Zeitschr. der Savigny-Stift.*, 22, 1901, p. 1 sgg.

[2]) Ibid. p. 12 sgg.

[3]) PAULY-WISSOWA, *Encyclopädie*, sub v. *Digesta*.

[4]) Già il presupposto da cui parte lo studio dell' Hofmann: le falsità narrate dalla C. *Tanta* è privo di base. I testi di Procopio da lui addotti in appoggio non valgono se non a chiarir meglio che lo stile di quella legge è lo stile del tempo, stile cortigiano e mistico, in cui le divine influenze e la divina natura dell' Imperatore sono semplici formule di nessun rilievo per l'apprezzamento dei fatti: questi dunque non possono oppugnarsi argomentando dalla forma; e le asserzioni della C. *Tanta* vanno accettate sino a prova interna contraria. Cfr. MOMMSEN, p. 4; JÖRS, p. 497.

collectanea, fascicoli delle lezioni dei professori e simili, e forse un brano scoperto della compilazione propostasi da Teodosio e non venuta in essere).

Il primo ed il terzo di questi elementi [1]) son da lui concepiti così in base all'opinione che i giustinianei non abbiano escerpito seriamente i libri che vogliono far credere di aver letti: lo stesso allargamento dei due grandi commentarii di Ulpiano, mediante Paolo ecc., è dato dubitativamente come già avvenuto prima (p. 48. 50): certo, così questo materiale come anche il rimanente fu trovato in parte bell'e fatto per opera privata; e la prova (una delle poche prove positive addotte dall' Hofmann) [2]) si avrebbe nella quantità di brevissimi frammenti non autonomi, ma dipendenti dai passi accanto ai quali si trovano, che esistono sparsi nelle Pandette. È impensabile, secondo lui, che i compilatori li abbiano potuto cercare leggendo contemporaneamente libri paralleli, o altrimenti; ed è un inganno supporre che abbiano proceduto con tanta accuratezza: essi (p. 88) hanno *trovato e lasciato stare* questi frammenti nel contesto ove ora si incontrano: si tratterebbe in altri termini di note ed aggiunte preesistenti sui manoscritti dei libri ai quali appartengono i frammenti principali, onde dipendono quelli non autonomi.

Non ho voluto trascurare di sincerarmi della portata reale di questo argomento sul quale, nelle critiche sinora fatte all' Hofmann,

[1]) Io li considero nel loro complesso e nell'unico modo in cui possono costituire un' ipotesi seria e discutibile; cioè nell' idea fondamentale che il materiale contenuto nei Digesti avesse preso in molta parte la forma che ora ha, già prima della compilazione, per opera privata nelle scuole o altrove. Sulle determinazioni specifiche cui si abbandona l' Hofmann: l'esistenza di collezioni ufficiose (in particolare la collezione Teodosiana), di *collectanea* etc., è inutile insistere, perchè si tratta di pure e semplici invenzioni, contro le quali è decisivo il fatto che le compilazioni precedenti a noi note non presentano per l'appunto quella massa di scritti svariati che secondo l'autore i compilatori giustinianei avrebbero trovato già utilizzati in raccolte precedenti. Cfr. MOMMSEN, p. 8 sgg.; KRUEGER, p. 14 sgg. Contro l'opinione media dell' Ehrenzweig, v. KRUEGER, p. 46 sgg.

[2]) L'argomento da lui tratto dalla brevità del tempo ha naturalmente un valore tutto subiettivo: contro, con la persuasione opposta, MOMMSEN, p. 6; KRUEGER, p. 43 sg. Altre prove positive: l'affermata falsità che si siano potuti ridurre 2000 libri e circa 3 milioni di linee a 50 libri e 150,000 linee, come indica Giustiniano; ma essa è trasformata in verità dai calcoli del MOMMSEN, p. 4 sgg.: le incongruenze delle iscrizioni con l' Indice fiorentino; ma v. MOMMSEN, p. 5 sg., e sopratutto KRUEGER, p. 42, in particolare a nota 3, che a mio credere ha distrutto l'argomento dell' Hofmann nella base sua testuale.

non trovavo che qualche refutazione generica[1]. Ma ebbi presto a convincermi che se l'autore si era data la pena di raccogliere i detti frammenti non autonomi (p. 80 sgg.), non li aveva poi, nonchè studiati, nemmeno considerati di sfuggita.

La poca critica e la fretta da lui adoperate emergono intanto dal fatto che egli citi ad es. la L. 10 D. 48. 22 che è supplita dai Basilici, la L. 9 D. 17. 1 che formalmente è autonoma, non dipendente, la L. 3 D. 49. 15, che forse è monca (cfr. Mommsen ad h. l.). Ma v'è di più; e cioè che un esame, talvolta anche superficiale, di una folla di questi frammenti non avrebbe potuto condurlo che al risultato contrario a quello in cui favore li adduceva. Espongo qui di seguito non pochi saggi, alcuni dei quali mi sembrano veramente decisivi.

a) I compilatori, secondo l'Hofmann, avrebbero trovate già raggruppate come ora sono le LL. 4-7 D. *de procur.*, 3. 3. Seguendo il sistema dell'autore, la L. 4 sarebbe una glossa alla precedente L. 3 di Ulpiano, da cui dipende; ed il gruppo L. 5-7 una combinazione di testi collocata già prima al luogo attuale. Mettendo in serie questi frammenti, e considerando il tema cui originariamente si riferivano nei libri dei giureconsulti, si ottiene:

L. 3. Ulp. 9 ad Ed. = Lenel, Ulp. 321 (de procuratoribus);

L. 4. Paul. 8 ad Ed. = Lenel, Paul. 164 (de cognitoribus);

L. 5. Ulp. 7 ad Ed. = Lenel, Ulp. 293 (de vadimoniis: qui satisdare cogantur);

L 6. Paul. 6 ad Ed. = Lenel, Paul. 149 (de vadimoniis: qui satisdare cogantur);

L. 7. Ulp. 7 ad Ed. = Lenel, Ulp. 293 (de vadimoniis: qui satisdare cogantur).

A parte l'inverosimiglianza che anteriormente a Giustiniano già esistessero elaborazioni dei classici nel senso di fondere arbitrariamente istituti antichi diversi (le collezioni precedenti cui l'Hofmann dà tanta importanza, i fr. Vat., presentano tal quali i testi relativi ai *cognitores* e non li ritagliano per fonderli con quelli riguardanti i

[1]) Per quanto concerne l'altra affermazione dell'Hofmann, che molti frammenti autonomi siano citazioni di seconda mano trasformate dai compilatori in citazioni dirette, v. MOMMSEN, p. 7 sg.; KRUEGER, p. 45.

procuratores), resta che la L. 4 non poteva essere già aggregata a L. 3, poichè questa seconda legge dice che il *procurator* si può costituire *sub condicione* o *ad diem*, mentre L. 4 aggiunge: et *in perpetuum*; il che, riferito secondo la sede originaria (Lenel, Paul. 164) al *cognitor*, significava perfettamente il contrario; cioè che il *cognitor* non può darsi nè *sub condicione* nè *ad diem* (cfr. Vat. 329) [1]). Solo un legislatore del tipo giustinianeo può fare di queste cose. Quanto poi alle LL. 5-7, esse trattavano in origine del *vadimonium* che doveva essere promesso, non dal *procurator praesentis*, ma dal *dominus*, ed a tal proposito definivano chi dovesse intendersi per *praesens*. Attribuito ai compilatori, il loro trasporto qui non ha bisogno di giustificazione: non si vede invece come un privato abbia potuto far ciò, mentre i testi prima e dopo questo gruppo non dànno il menomo appiglio ad una inserzione simile; anzi, se in precedenza si parla di qualcosa che riguarda la presenza o l'assenza, se ne parla per rispetto al *procurator* (L. 1 § 3 *h. t.*), e non al *dominus*.

b) Inevitabile è ugualmente la necessità di attribuire ai soli compilatori l'attuale combinazione dei seguenti due passi:

L. 41 fin. *de leg.* 1 = Ulp., 21 *ad Sab.* Si ea quae *legavit* aedibus iunxit (testator) extinctum erit *legatum*. Sed si heres ea iunxit, puto non extingui;

L. 42 = Ulp. 2 *fideicommissorum*: - sive scit sive ignoraverit.

Dunque, a parte ogni altra considerazione, e badando al solo procedimento esteriore, un brano di decisione di Ulpiano relativo ai fedecommessi, aggregato ad un caso di legato. Come avrebbe potuto avvenire un ravvicinamento simile prima della costituzione giustinianea - c. 2. 6. 43, anno 531! - che per lo meno è certamente la prima ad ordinare la fusione materiale dei testi relativi ai due istituti? L' iscrizione della L. 42 avrebbe dovuto metter sull'avviso l' Hofmann per non fargli addurre una prova contro se stesso.

c) Così pure l' Hofmann ritiene che i compilatori abbiano trovato e lasciato nella connessione in cui ora sono, cioè in dipendenza da L. 19 D. *de procur.* 3. 3, il gruppo L. 20-24 *eod.* Trascrivo:

L. 19. Ulp. 9 ad Ed. Item si suspectus sit procurator [cognitor, Ulp.] aut in vinculis aut in hostium praedonumve potestate;

[1]) Cfr. LENEL, *Paling.*, Paul. 164, nota 6.

L. 20. Paul. 8 ad Ed. vel iudicio publico privatove vel valetudine vel maiore re sua distringatur;

L. 21. Gai. 3 ad Ed. prov. vel exilio, vel si latitet, vel inimicus postea fiat;

L. 22. Paul. 8 ad Ed. aut adfinitate aliqua adversario iungatur, vel heres ei existat;

L. 23. Ulp. 9 ad Ed. aut longa peregrinatio et aliae similes causae impedimento sint;

L. 24. Paul. 8 ad Ed. mutari debebit vel ipso procuratore [cognitore, Paul.] postulante.

Ora si vede bene che questi frammenti sono combinati apposta per costruire un periodo, il quale eccezionalmente corre sino in fondo senza un inciampo sintattico. Ma questo periodo nel suo inizio dipende da Ulpiano, mentre nella chiusa dipende da Paolo. Dunque non può trattarsi nè di un Ulpiano glossato, nè di un Paolo glossato, ma di una fusione di Paolo ed Ulpiano tenuti entrambi presenti. Aggiungasi che la L. 19 e la L. 23 nel testo originario (Lenel, *Paling.* Ulp. 313) facevano parte di un elenco delle cause per cui quegli che ha costituito il *cognitor* può chiederne il mutamento, e formavano un periodo completo e chiuso. Se ora sono dimezzate ed hanno acquistato carattere di brani sospesi, ciò fu fatto per combinarle con Paolo, L. 22. 24, che accennava a cause per cui anche lo stesso *cognitor* poteva reclamare il mutamento: quindi non può trattarsi che di opera legislativa diretta a costruire un elenco da servire per ambedue i casi indifferentemente.

d) La stessa osservazione è da farsi pel gruppo L. 1 § 8 - L. 4 D. *de dolo*, 4. 3.

e) Un altro gruppo trovato dai compilatori allo stato in cui è ora sarebbe quello che costituisce L. 24-26 D. *de religiosis*, 11. 7 in dipendenza da L. 27 *eod.*:

L. 24. Ulp. 25 ad Ed. *Iulianus scribit: non deductis legatis*,

L. 25. Paul. 27 ad Ed. nec pretiis manumissorum,

L. 26. Pomp 15 ad Sab. nec aere alieno deducto,

L. 27 pr. Ulp. 25 ad Ed. *sic pro rata et maritum et heredem conferre in funus oportet.*

Qui però Ulpiano *trascrive* Giuliano. Ciò che è contenuto nelle LL. 24 e 27 è certamente di quest'ultimo autore. Ma è suo anche ciò che

attualmente gli è attribuito dalle LL. 25 e 26? Fino a prova contraria no, e quindi l'attuale combinazione di testi è certo opera legislativa e non opera privata, la quale avrebbe avuto la portata di una falsificazione: ma che rimane allora della probabilità che i due testi intermedii fossero già annotati sul manoscritto di Ulpiano?

f) La stessa cosa deve notarsi a proposito di L. 11 D. *de pactis*:

L. 10 fin. Ulp. 4 ad Ed.... ut *Trebatio videtur qui putat* sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse,

L. 11. Paul. 3 Ed. 25. quia et solvi ei potest.

Qui anzi l'inverosimiglianza cresce, poichè quest'ultima ragione o non esisteva in Trebazio, e allora non può essergli stata attribuita che dai compilatori attraverso Paolo, o esisteva, ed allora non possono essere stati che ugualmente essi a preferire la relazione di Paolo a quella di Ulpiano.

g) Sarebbe pure un gruppo trovato bell'e fatto il seguente:

L. 19 fin. D. *de reb. auct. iud.* 42. 5. Ulp. 63 ad Ed. ... Sed aequissimum erit ceteros quoque quibus curatores *quasi debilibus* vel prodigis dantur;

L. 20. Paul. 60 ad Ed. *vel surdo muto*;

L. 21. Gai. 24 ad Ed. prov. *vel fatuo*;

L. 22. Ulp. 63 ad Ed. idem privilegium competere.

Ma l'Hofmann non ha pensato che, di fronte alle parole *quasi debilibus*, di Ulpiano, le LL. 20. 21, se fossero state glosse preesistenti a questo passo, non avrebbero potuto avere la forma *vel, vel* che è enumerativa, non esplicativa. L'attuale curiosa maniera di svolgere l'aggettivo *debilis* non può ascriversi che ai compilatori, i quali hanno aggregato qui dei brani di enumerazione di Paolo e di Gaio quali erano, senza fonderli con Ulpiano.

L'autore (p. 86) invero si fa forte di questo argomento: Che senso avrebbe avuto in generale l'inserire in un frammento due o tre parole di un altro autore o dello stesso autore (da un altro libro), e di fornire il piccolo brano inserito di un'iscrizione propria, quando i compilatori avevano ampia facoltà di interpolare? È più logico, secondo lui, ammettere che essi abbiano conservato uno stato di cose che trovavano costruito già prima da chi non aveva

facoltà di interpolare. Il male è però che in una serie di frammenti ch'egli cita quest'ultima versione è anche più inverosimile della prima. E di vero i compilatori giustinianei che erano legislatori, e quindi autorizzati a scegliere e sostituire, si comprende abbiano potuto spezzare dei passi di giureconsulti, togliendone una frase *che non vi poteva mancare*, per sostituirla con la frase *equivalente* dei libri d'altri giureconsulti. Ma una simile attività al di fuori dell'opera legislativa e degli scopi di questa non si comprende più ed è di una inverosimiglianza patente. E quindi, più per la tesi che i compilatori confrontassero e scegliessero, che non per l'altra dell' Hofmann che essi abbiano trovati i passi già inseriti al luogo attuale, parlano i seguenti testi dipendenti da lui citati:

a) L. 48. D. *pro socio*, 17. 2. Essa è situata a questo modo:

L. 47 § 1. Ulp. 30 ad Sab. Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri.....;

L 48. Paul. 6 ad Sab. *sed nihilo minus et pro socio tenetur*;

L. 49. Ulp. 31 ad Ed. *si hoc facto societatem laesit*, si verbi gratia negotiatorem servum vulneraverit vel occidit.

A parte quanto possa esservi di giustinianeo in questa combinazione per la quistione sostanziale del concorso delle azioni, è evidente dal lato formale che nella L. 49 di Ulpiano, da cui dipende la nostra L. 48, non poteva in ogni caso mancare una frase simile a quella di Paolo (cfr. Lenel, *Paling*, Ulp. 922, p. 626 in pr.: *sed et pro socio*, egli suppone logicamente):

b) L. 17 D. *de C. E.*, 18. 1.

L. 16 § 1. Pomp. 9 ad Sab. Nec tamen emptioni obstat, si in ea re ususfructus dumtaxat ementis sit:

L 17. Paul. 33 ad Ed. *officio tamen iudicis pretium minuetur*;

L. 18. Pomp. 9 ad Sab. Sed si communis ea res emptori cum alio sit, dici debet *scisso pretio* pro portione pro parte emptionem valere, pro parte non valere.

Ho tratto in causa anche la L. 18, benchè il nostro passo dipenda dalla sola L. 16, perchè ambedue vanno congiunte (Lenel, *Palingen.* Pomp. 546): e la L. 18 (*scisso pretio*) dal punto di vista formale è prova che Pomponio, come in questo caso si occupava della sorte

del prezzo, così faceva nel caso esposto in L. 16. Qualcosa di simile all'attuale L. 17 di Paolo non poteva mancare in lui, o vi era qualcosa per cui Paolo era preferibile (se pure non si tratta di un Paolo in veste giustinianea).

c) L. 2. D. *de reb. auct. iud.* 42. 5.

L. 1. Gai. 23 ad Ed. prov. Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, *id est*;

L. 2. Paul. 54 ad Ed. ubi domicilium habet;

L. 3. Gai. 23 ad Ed. prov. *aut* ubi quisque contraxerit.

Se l'*id est* si trovasse nel testo intermedio, la glossa sarebbe verisimile; ma esso, nel contesto di Gaio (L. 1 + L. 3) costruisce una sintassi: *id est*... *aut*, che esige qualche cosa cui fu sostituita la frase: *ubi domicilium habet*, di Paolo.

d) L. 2. D. *de vi*, 43. 16.

L. 1 fin. Ulp. 69 ad Ed. ... in factum actio competit in id quod ad eos pervenit;

L. 2. Paul. 65 ad Ed. *dolove malo eorum factum est quo minus perveniret.*

Ma ogni romanista conosce queste formule schematiche, e mi esonererà dall'insistere sul fatto che la L. 2 può spiegarsi con l'intento di citare il trattato parallelo di Paolo e non con quello di completare Ulpiano che avrà certamente detto la stessa cosa.

e) Ugualmente inverosimile è che l'attuale L. 4 D *de public.* 6. 2: *vel solvendi causa*, inserita nell'elenco delle *iustae causae traditionis* di Ulpiano, provi un completamento anteriore di questo giureconsulto piuttosto che una sostituzione di termini.

Sorprendente è poi come l' Hofmann citi per la sua opinione molti brevi passi non autonomi, la cui sede, il cui contesto attuale presuppone in altro senso, o necessariamente o verosimilmente, l'opera della compilazione.

Alcune volte infatti l'aggiunta, che attualmente fa un breve passo non autonomo ad un testo precedente da cui dipende, non aveva ragion d'essere prima della compilazione, in quanto che tale aggiunta non si giustifica se non pel fatto che i compilatori, trasportando altrove un brano del testo principale medesimo (che la rendeva inutile), la

resero necessaria Così nel caso di L. 30 D. *de furtis*, 47. 2, appartenente a Paolo ad Sab. e falsamente iscritta: Ulp. ad Sab. (cfr. Lenel, *Paling*. Paul. 1795, nota 10):

> L. 29. Ulp. 41 ad Sab. Hoc amplius et ad exhibendum agi potest [sc. de tabulis deletis]: et interdicto quorum bonorum agi poterit;
>
> L 30 Paul. 9 ad Sab. *si hereditariae tabulae deletae sint.*

Quest'ultima frase è qui indispensabile, data la citazione in Ulpiano dell'*interd. quorum bonorum*, perchè nei frammenti precedenti (L. 27. L. 28) si parla in genere di *tabulae* od *instrumenta* qualsiasi. Se invece si guarda la L. 29 nella Palingenesia del Lenel, Ulp. 2863, diviene manifesto che essa era preceduta da un brano che forma l'attuale L. 41 D. *ad Legem Aquil.* 9. 2, in cui Ulpiano si occupava *ex professo* delle *tabulae testamenti* (si quis testamentum deleverit etc.), e perciò si chiudeva perfettamente con le parole *agi poterit.* Fu la traslazione della L. 41 cit. ed il nuovo contesto, che rese necessaria l'aggiunta tratta da Paolo, la quale non aveva ragion d'essere come nota al dettato originario Ulpianeo.

Così pure l'incontro di alcuni passi nel lib. 6° di Pomp. ad Sab. (cfr Lenel, *Paling*. Pomp. 492. 493: *boves*, *urbana familia*), passi che furono collocati fuori sede, può spiegare, benchè non in modo assoluto come nel caso precedente, il bisogno dell'aggiunta a L. 1 D. *de suppell. leg.* 33. 10 del breve frammento riassuntivo di Fiorentino (L. 2 *eod.*): id est res moventes non animales.

Altre volte i testi non autonomi dipendono da passi certamente interpolati nella chiusa, od almeno sospetti, e la loro connessione attuale è appunto dovuta alla parte interpolata o sospetta: qui o la certezza o la maggiore probabilità sta per la tesi che non siano stati trovati al posto che ora occupano. Ad es.:

a) Ulp. 4 ad Ed. (L. 4 § 5 D. *de edendo*, 2. 13):

> Ibi quis compellitur edere ubi argentariam exercuit. quod si *instrumentum* argentariae in alia provincia habet, in alia administraverit, ibi puto cogendum edere ubi argentariam exercuit: hoc enim primum deliquit, quod alio *instrumentum* transtulit. [quod si in alio loco argentariam exercet, alibi ad editionem com-

pelletur, minime hoc facere cogitur: nisi descriptum velis ubi de ea re agitur eum tibi dare, tuis videlicet sumptibus]:

Paul. 3 ad Ed. (L. 5 *eod.*):

spatiumque ad perferendas *eas* tribuendum est.

In questi frammenti già la forma avrebbe dovuto attirare l'attenzione dell' Hofmann per la critica di se stesso.

Il pronome *eas* non s'accorda con l' *instrumentum* di cui parlava Ulpiano, perchè Paolo si riferiva alla parola *rationes*, usata nel brano che manca di lui, come dimostra la L. 7 pr. *h. t.* che segue immediatamente il nostro testo: vel *eas rationes* quas casu maiore, non vero neglegentia perdiderit (cfr. Lenel, *Paling.* Paul. 115. 116). Ora, è forse più verisimile che il breve passo di Paolo fosse già stato annotato in quella forma sconcordante sul commento Ulpianeo nella calma elaborazione precedente, o che invece fosse presente con la L. 7 cit. ai compilatori, e questi nella fretta lo abbiano cucito, ma non fuso col testo di Ulpiano? Ma v'è di più; ed è che la parte di L 4 cit., chiusa in parentesi quadra, è una interpolazione giustinianea riconosciuta da secoli (v. per tutti Lenel, *Palingen.*, Ulp. 232, nota 2). Tanto per l'ipotesi di fatto, quanto per la decisione, dalle quali dipende il breve testo di Paolo, noi possiamo dirci sicuri che ci troviamo di fronte ad una combinazione voluta dai compilatori. Il testo di Paolo, come glossa preesistente, nella forma in cui è, non può sostenersi. E non da altro che dalla forma breve e dipendente argomenta l' Hofmann.

b) Ulp. 55 ad Ed. L. 1 § 6 *de publicanis*, 39. 4:

Quod novissime praetor ait 'si *hi* non exhibebuntur, in dominos sine noxae deditione iudicium dabo', hoc proprium est huius edicti, quod si non exhibeantur *servi*, competit iudicium sine noxae deditione, [sive habeant *eos* in potestate sive non, sive possint exhibere sive non possint],

Gai. 21 ad Ed. prov. (L. 2 eod.): nec liceat domino *absentem* defendere *eum*,

Ulp. 55 ad Ed. (L. 3 eod.): cum, si exhibuissent, noxali iudicio convenirentur.

Alla verisimiglianza che la L. 2 sia stata trovata già inserita al luogo attuale ostano intanto le stesse sconcordanze di forma notate pel testo precedente (*hi, servi - eum, absentem; domino - dominos*);

il che è qui più grave pel fatto che il *dominus* di Gaio (proprietario) e i *domini* dell'editto e di Ulpiano (socii vectigales, licet domini non sint) provano (*sive non habeant in potestate*) che il contenuto del testo Gaiano non era materialmente così analogo a quello di Ulpiano da poter servire a completarlo in forma di glossa (si può ripetere qui quanto osserva il Lenel, *Ed.* § 138. p 59 [ediz. franc.] a proposito del commento di Gaio all'editto *quod familia publicanorum* etc.). La fine poi della L. 1 § 6 di Ulpiano non è esente da serii dubbi di interpolazione, come può vedersi dall'esame del Pampaloni, *Studi sul delitto di furto*, II, p. 78-79.

Raggiunge da ultimo il colmo della debolezza l'opinione dell'Hofmann di fronte a quei brevi testi non autonomi che destano il sospetto di essere o sono certamente addirittura una creazione dei compilatori, di modo che di essi non resta che l'iscrizione. L'autore doveva eliminare questo ostacolo, poichè altrimenti l'iscrizione conservata non può avere altra importanza se non quella di voler indicare che si è visto e letto il relativo libro e passo parallelo. Così:

a) L. 5 D. *de alienat. iud. mut. causa*, 4 7 (cfr. Lenel, *Paling.* Paul. 202. La probabilità più vicina è che il « *vel similem* » non sia che il rappresentante giustinianeo del passo di Paolo trasferito nel titolo *de R. I*) [1]).

b) L 14 D. *de A. E. V.* 19. 1 (cfr. Eisele, *Zeitschr. der Sav.-St.* 11, p. 8: pel sistema dell'*id est*) [2]).

c) L. 7 D. *de aliment.* 34. 1 (cfr. Gradenwitz, *Interp.*, p. 204. Lenel, *Paling.*, Paul. 1563).

d) L. 30 D. *de donat i v. e. u.*, 24. 1 (cfr. Mancaleoni, *Rei. vind. utilis*, p. 50; e Krüger, *Zschr.* cit, 16, p. 5) [3]).

[1]) Trascrivo per chiarezza i due testi appartenenti al lib. 11 ad Ed. di Paolo, quali sono nella *Paling.* del LENEL:

[4 7, 5] [*Haec actio in heredem*] vel similem [*datur in hid quod pervenit ad eos*].

[50. 17, 117] Praetor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet.

[2]) E perchè ritiene che un giurista classico non si sarebbe dato all'oziosa cura di spiegare la parola *puteal* (l'argomento e me pare quasi decisivo, perchè la compilazione, dovendo servire in paesi di lingua greca, aveva invece largo bisogno di queste chiose).

[3]) Il Mancaleoni per l'argomento sostanziale della *vindicatio utilis*, il Krueger per quello formale dell'uso non classico del *competere*.

e) L. 8 D. *de iureiur.*, 12. 2 (cfr. *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XV, p. 283 ss : pel sistema della successione singolare) [1];

f) L. 10 D. *de dolo*, 4. 3: il limite di somma qui fissato è più probabile che sia legislativo e non dovuto a Paolo: si tratta della *cognitio praetoria* cui contraddice il limite fisso. Dello stesso tipo sono le LL. 2 e 4 D. *de iure delib.* 28. 8: sull'ultima è istruttivo confrontare Lenel, *Paling.* Ulp. 1407.

Questo esame dei passi non autonomi elencati dall' Hofmann, benchè parziale, mi sembra che nonostante abbatta completamente l'argomento ch'egli ne ha tratto. In sostanza l'autore si avvale di questi frammenti a sostegno della sua supposizione che Giustiniano ci inganni, dicendoci che i compilatori lessero, confrontarono, e combinarono i libri dei giureconsulti. Ora, se per una grossa parte di tali frammenti la dichiarazione di Giustiniano resta confermata (e chi sa per quanti altri il non aver saputo trovare questa conferma rimane a carico mio), la supposizione cade per intero, giacchè i rimanenti passi, non portando segni certi del contrario, devono seguire la sorte dei primi. Di modo che all'argomento dell' Hofmann: « perchè i compilatori avrebbero dato un posto a parte nell'opera a questi frammenti insignificanti, quando potevano interpolare i testi principali? » si deve semplicemente rispondere che la logica non vale di fronte ai fatti [2]).

II.

Dimostrato così anche nell' ultimo suo rifugio insussistente l'attacco dell' Hofmann alle dichiarazioni di Giustiniano, accettate dal Bluhme, noi possiamo esser sicuri che i compilatori spogliarono effettivamente i libri classici citati nelle Pandette. Nel resto la dottrina del Bluhme, come è noto, presenta un lato di fatto, ed un lato congetturale. I risultati cioè, ottenuti da questo autore, non sottostanno a dubbi per quanto riguarda la circostanza che le opere classiche furono lette ed escerpite con un ordine meccanico indicato dalla suc-

[1]) Per lo meno questa legge è un riassunto di un più lungo discorso di Paolo, fatto con formula dommatica bizantina.

[2]) Cfr. Mommsen, loc. cit. pp. 9-10.

cessione regolare e costante dei frammenti, e per quanto riguarda la esistenza di tre serie di estratti con a capo i frammenti di Ulpiano, Paolo, Pomponio *ad Sabinum*, i commenti di Ulpiano, Paolo, Gaio *ad Edictum*, e le *Quaestiones* e i *Responsa* di Papiniano [1]). È nel valutare il perchè dell'esistenza di tali serie (masse) che il Bluhme ha formulato una ipotesi: quella che esse corrispondano ad una tripartizione materiale dei manoscritti delle opere antiche, fatta allo scopo di suddividere il lavoro ed escerpire contemporaneamente le tre masse di libri così formate. In altri termini pel Bluhme il lavoro fu impiantato nel senso che si vollero nello stesso tempo escerpire i tre gruppi di grandi opere sopra citati e ad essi si aggregarono le rimanenti; e di tale sistema resta traccia nelle tre masse: questo è il pensiero suo fondamentale; gli altri particolari, come la scissione della commissione compilatrice in tre sottocommissioni ecc., possono lasciarsi da parte per insufficienza d'indizî [2]).

Anche contro questa ipotesi insorse l'Hofmann (pp. 119, 125 segg.). Secondo lui il sistema adottato dai compilatori fu quello di suddividersi il lavoro per materie, distribuendosi per brani il famoso commentario (*ad Ed.* e *ad Sab.*) di Ulpiano, ed aggregando alle varie sezioni i libri che trattavano i corrispondenti argomenti.

Ma a parte il fatto che questa contraddizione resta priva di base, dal momento che non sussistono le critiche dall'autore mosse contro l'effettivo spoglio dei libri classici, contro l'ordine dei frammenti, e contro l'esistenza delle tre serie di estratti, a me pare che anche la parte così detta congetturale della dottrina del Bluhme debba uscire dal campo delle ipotesi, e ritenersi per certa [3]).

Giustiniano nella Const. *Cordi*, introduttiva del secondo codice, dice per rispetto alla sua attività nel tempo che precede immediatamente e che accompagna la compilazione dei digesti (§ 1):

[1]) Su questi due punti la critica dell'Hofmann ci ha fatto acquistare due studi, a conferma ed a complemento della dottrina del Bluhme, come quelli del KRUEGER, loc. cit. pp. 17-39 e del JÖRS, loc. cit. pp. 500-501, 504-510.

[2]) Cfr. MOMMSEN, loc. cit. p. 2: «sind Fragen für müssige Leute», egli aggiunge, irritato evidentemente dagli incredibili ragionamenti che in proposito fa l'Hofmann (pp. 64, 76 sg., 106). Certo, se a noi fosse possibile penetrare in tutti i particolari, guadagneremmo dei criteri esegetici; ma è anche vero che manca ogni aiuto testuale per penetrarvi.

[3]) A ciò spingono già le acute osservazioni del Krueger, loc. cit. p. 39 sgg.

Postea vero cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam *alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones* promulgavimus quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus.

Ora io mi sono domandato se di queste *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, la parte che cade nel tempo della compilazione delle Pandette (le costituzioni cioè suggerite dal lavoro che i compilatori facevano sui libri classici, e tendenti a sanzionare la loro elaborazione del diritto antico), porgesse elementi dai quali potesse inferirsi il metodo adottato dai compilatori medesimi per procedere allo spoglio della giurisprudenza. E difatti l'esame del primo gruppo di costituzioni giustinianee emanato dopo l'inizio dei lavori della Commissione (a due mesi di distanza) [1]), sotto la data x k. mart. (a. 531), mi sembra ponga fuori di dubbio che i compilatori avevano impiantato il lavoro nel senso congetturato dal Bluhme: che cioè avevano cominciato ad escerpire contemporaneamente e per ordine di libri i tre gruppi di commentarii: *ad Ed.*, *ad Sab.* e le *Quaestiones* papinianee. [2])

Questo gruppo di costituzioni, che può vedersi nel suo complesso consultando l'elenco annesso dal Krueger in fondo alla sua edizione del Codice Giustinianeo, si presenta a prima vista come un aggregato disordinato di leggi: ma tale non è in realtà; e perchè possa scorgersi in quale relazione esso sia col lavoro dei compilatori sulla giurisprudenza classica, occorre eliminarne anzitutto alcune costituzioni che non sono state certamente suggerite da questo lavoro, o perchè trattano di argomenti propri del diritto postclassico, come:

11. 48, 22 (*adscripticii, coloni*): la data è peraltro molto incerta;

[1]) La costituzione *Deo auctore* ha la data XVIII K. Ian. (530).

[2]) L'attuale ricerca non era possibile prima degli studi del Krueger a rettifica delle date delle costituzioni giustinianee, e prima che la *Palingenesi* del LENEL ci rendesse possibile il confronto dei libri classici nel più probabile loro assetto originario. Su questi due elementi si basa il mio studio.

o perchè ci vien detto dalle fonti che l'occasione di emanarle fu un'altra, come:

8. 40, 27: Si fideiussor nullam cautionem faciat ostendens se fideiussorem extitisse, praesentibus autem tabulariis hoc confessus est, quod in fide sua eum suscepit, *dubitabatur a Palaestina advocatione*, utrumne post duos menses liberatur... *secundum generalia edicta sublimissimae praetorianae sedis*...

5. 37, 25: è la nota costituzione che vieta ai tutori la riscossione dei capitali dei pupilli senza che il pagamento da parte del debitore sia autorizzato da sentenza giudiziale: ma le Istituzioni, 2. 8, § 2, nel riferirla, ci informano che fu promulgata « *ad Caesareenses advocatos* ex suggestione Triboniani »; e siccome l'iscrizione sua è normale « *Iuliano* p. p. », l'accenno delle Istituzioni indica che essa fu provocata da una *postulatio* degli avvocati Cesariensi, come la costituzione precedente ed altre (cfr. ad es. 2. 7, 29: Illyriciani advocati postulaverunt; 6. 38, 5: suggestioni Illyricianae advocationis respondentes decernimus...)

Oltre a ciò occorre lasciar da parte come estremamente malsicura nella data la c. 28, 8. 40 (cfr. Krüger ad *h. l.*): e così pure è a mio credere prudente non riconnettere alla elaborazione del diritto classico la c. 4 *de auct. praestanda*, 5, 59, con cui Giustiniano ordina che i pupilli ed i minori siano assistiti da tutori e curatori nelle cause criminali ove possono fungere da accusatori e da accusati. Le iscrizioni di molti dei testi citati dal Mommsen, *Strafrecht*, p. 76 sgg., dimostrano come potrebbe senza inverosimiglianza supporsi che i compilatori abbiano incontrato nell'escerpire i primi libri *ad Ed.* parecchie occasioni, per addivenire all'accennata disposizione; ma da una simile indagine distoglie la formula con cui si inizia la costituzione: Clarum posteritati facientes sancimus etc., che nella legislazione di Giustiniano ha sempre relazione ad interpretazione di dubbi pertinenti al suo tempo: cfr Cod. 5. 14, 10; 7. 40, 1 § 1 c; 2. 7, 29 pr. (advocati postulaverunt a nobis eis clarum fieri) mentre non si trova mai nelle leggi certamente ordinative della compilazione.

Restano le seguenti costituzioni che non si eliminano con alcuno dei detti criterii, e che quindi dobbiamo ritenere appartengano, se-

condo le dichiarazioni di Giustiniano, a quelle *ad commodum propositi operis pertinentes*:

2. 58, 2 - 3. 1, 15 - 3. 1, 16 - 4. 18, 2 - 4. 21, 21 - 5. 59, 4 - 6. 22, 10 - *6. 23, 29 - 6. 28, 3 - *6. 38, 3 - 6. 40, 2 - 6. 43, 2 - 7. 71, 7[1]).

Ora si osservi come esse si distribuiscano spontaneamente e quasi necessariamente nelle tre masse Bluhmiane.

Provocate dal fatto che i compilatori avevano iniziato lo spoglio parallelo dei libri *ad Sabinum* di Ulpiano, Paolo, Pomponio, sono le costituzioni:

a) 6. 22, 10: Discretis surdo et muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laborat... neque testamentum facere... concedatur, nec libertatem *sive vindicta* sive alio modo imponere: *eidem legi tam masculos quam feminas oboedire imperantes* (cfr § 1: *sive masculo sive feminae*; § 6: *nullo discrimine neque in masculis neque in feminis in omni ista constitutione servando*). § 2. Sin autem infortunium discretum est... et surdis, licet naturaliter huiusmodi sensus variatus est, tamen *omnia facere* et in testamentis... et *in libertatibus et in aliis omnibus* permittimus § 3: Si enim vox articulata ei a natura concessa est, nihil prohibet eum *omnia quae voluit facere,* quia *scimus quosdam iurisperitos* et hoc subtilius cogitasse et nullum esse exposuisse qui penitus non exaudit, si quis supra cerebrum illius loquatur, *secundum quod Iuventio Celso placuit.*

Questa legge è notevole, perchè, mentre è direttamente emanata (come prova la sua sede: tit. *qui facere test. poss. vel non possunt*) per negare la capacità di testare al sordomuto nato, e per concederla a chi è soltanto sordo, trae in causa altri negozi, cominciando specialmente con la *manumissio vindicta*, e procedendo a generalizzare sino a dire: *omia facere in aliis omnibus*; *omnia quae voluit facere*[2]);

[1]) Gli asterischi indicano le costituzioni la cui data è stata rettificata da P. Krueger.

[2]) Anche le *Istituzioni*, 2, 12 § 3, nel riferire il contenuto di questa costituzione, rilevano la sua portata più generale: possint testari *aliaque facere quae eis permissa sunt.*

perchè insiste sulla parificazione delle donne ai maschi; e perchè cita l'autorità di Celso. Essa però si spiega, se si confronta quel che ci resta del Lib. I (inizio) di Ulpiano e Pomponio *ad Sab.* (Lenel, Ulp. 2421. 2422. 2425 - Pomp. 380. 381), giacchè la si vede allora provocata da ciò che dovevano essere ed in parte sono ancora questi commenti. Infatti ambedue i giureconsulti cominciano con la testamentifactio attiva; Ulpiano si occupa subito appunto della incapacità dei ciechi e sordomuti; ambedue i giuristi, all'occasione della capacità di testare degli infermi fisicamente e delle donne fanno delle escursioni nel campo di altri negozî; pei sordo-muti in ispecie le formalità verbali della *mancipatio familiae* richiamavano altri atti solenni: certo la citazione giustinianea della *vindicta* ed il richiamo all'autorità di Celso ci si presentano motivati da Ulp. 2422 (L. 1 D. 40. 9):

> Celsus libro XXII digestorum utilitatis gratia motus surdum ita natum manumittere posse ait.

Il riattacco della costituzione giustinianea a questo passo è evidente. Ma anche l'insistenza di Giustiniano nel parificare le donne agli uomini in qualsiasi negozio nel caso di sordomutismo o di semplice sordità indica la presenza ed il rimaneggiamento dei commentarii di Ulpiano e di Pomponio, il primo dei quali ha ancora tracce di una digressione sui negozî muliebri in occasione della testamentifactio (Lenel, 2425, nota 4), ed il secondo richiama precisamente la *manumissio vindicta*:

> Pomp. 381: Apud praetorem eumdemque tutorem posse pupillum ipso auctore manumittere constat,

forse (come opina il Lenel, ibid., nota 2) trattando della possibilità che nel testamento della donna il tutore funga da testimonio o da *familiae emptor*. Certo le analogie tratte dall'età pupillare dimostrano che in tutte queste digressioni sulla capacità di agire la tutela muliebre doveva essere largamente rappresentata, e che Giustiniano ha trovato anche a proposito dei negozi dei *debiles* discrepanze tra maschi e femmine puberi, dovute all'influenza di quell'istituto, che ha cancellate in vista della sparizione di esso.

Il fatto che la nostra costituzione fu emanata in questo momento è provato anche dalla circostanza che i compilatori, avendo regolata

tutta la materia della capacità di testare dei sordomuti, non hanno conservato per l'attuale tit. 28, 1 del Digesto neppure un passo di Ulp. Paul., Pomp. *ad Sab.*, e che hanno sparso qua e là i testi citati da Ulpiano per analogia: d'onde è derivato che nel seguito del lavoro, hanno inserito nel tit. 28, 1 varie leggi che contraddicono alla capacità di testare del sordo o del muto soltanto [1]), introdotta con la legge prima emanata, e che, avendo portato al tit. 40, 9 la citazione di Celso relativa alla capacità del sordo di manomettere personalmente, hanno poi inserito nel tit. de *manumiss. vind.* 40, 2, la L. 10 (Marcian. 3 reg.) che lascia dei dubbi in proposito (Cfr. Paul. Sent., IV, 12 § 2).

b) 6. 28, 3:

> Si quis filium proprium ita exheredaverit: «ille filius meus *alienus meae substantiae fiat*». talis filius *ab huiusmodi verborum conceptione* non praeteritus sed exheredatus intellegatur. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, *verborum interpretatio* nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat.

Basta procedere alquanto nel lib. I *ad Sab.* di Ulpiano (lo stesso dicasi per Paolo e Pomponio) per incontrare *le formule* della istituzione di erede (Ulp. 2431) e della diseredazione (Ulp. 2432-2434). Ma se si guarda Ulp. 2432, che comincia così: Quid sit *nominatim exheredari* videamus; e si considera che nel seguito del comento a questo principio si trovano bensì discussioni sulla parte formale che si riferisce al *nominatim*, ma non un accenno (che non poteva mancare) alla necessità della formula: *exheres* esto, si rileverà facilmente che la costituzione trascritta non fa che trasformare in diseredazione ciò che nel commento classico era preterizione, e che qui va collocata, come essa medesima indica coi suoi termini *verborum conceptio* e *verborum interpretatio.*

c) 6. 23, 29. In questa legge Giustiniano ordina che nel caso di testamento scritto da mano estranea, il testatore scriva di proprio pugno il *nomen heredis vel heredum.* Se egli non sa o non può o non vuole scrivere, è necessario (§ 1): testibus praesentibus nomen vel nomina heredum ab eo nuncupari. Su questa *nuncupatio heredum* la costituzione insiste comminando la nullità del testamento in caso con-

[1]) L. 6 § 1; L. 16 pr. *h. t.*; cfr. poi anche L. 8 § 3, 29. 7; L. 9 § 1. 38. 8.

trario, § 3: si... nomen heredis vel heredum non fuerit manu testatoris scriptum vel voce coram testibus nuncupatum. Ed al § 6 riassume la sostanza della disposizione, dicendo di aver trasferito al testamento scritto per mano di terzi la *nuncupatio heredum* del testamento orale: quemadmodum enim in elogio quod sine scriptura conficitur, necesse est testatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum, ita oportet et in testamentis per scripturam conficiendis cum ipse testator manu sua scribere heredes vel noluerit vel minime potuerit, voce tamen eius eos manifestari.

Questo accenno ci guida a scorgere la connessione della presente legge col lavoro di spoglio dei commentarii classici, poichè appunto il primo testo che ci è rimasto del lib. II di Ulpiano *ad Sab.* si riferisce alla nuncupatio heredum del testamento orale nel senso classico:

Lenel, Ulp. 2435 (L. 21 pr. D. 28, 1):

> « Heredes palam, ita ut exaudiri possunt nuncupandi sint ». licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere. sed si nuncupat palam debet. quid est palam? etc.

In altri termini a questa regola che gli eredi possono essere scritti o nuncupati dal testatore, vera anche pel diritto giustinianeo, intendendo nel nuovo senso il testamento nuncupativo, la nostra costituzione aggiunge che la nuncupatio degli eredi è obbligatoria anche quando il testatore non usi nè la forma di testamento orale nè quella olografa, ma si serva della mano di un terzo e non voglia o non possa di suo pugno *scribere heredes*. La prova che la nostra costituzione e la L 21 cit. sono intimamente connesse è data da tutti i trattati di diritto ereditario nel diritto comune giustinianeo, nei quali ambedue sono interpretate costantemente insieme.

Sono certamente provocate dallo spoglio dei primi libri ad Edictum le seguenti costituzioni, che si ordinano di per sè, seguendo la progressione dei paragrafi dell'editto e delle materie dei commentarii che non hanno ancora discrepanze fra di loro [1]):

[1]) Per brevità cito i paragrafi dell'*Edit* del LENEL.

a) § 9, *de edendo* (nelle materie cui si riferiscono i §§ 1-8 non si hanno costituzioni giustinianee) [1]: all'editto relativo alla iterazione della domanda di *editio instrumentorum* (Ulp. 4 *ad Ed* L. 6 § 8. D. 2, 13: ... *eive qui iterum postulabit causa cognita edi iubebo*), ed ai relativi passi dei commenti di Ulpiano (Lenel, 237 § 10) e di Paolo (Lenel, 116), si ricollega con evidenza la C. 21 *de fide instrument. et amissione eorum*, 4. 21:

> Cum quidam instrumentum protulerit vel aliam chartulam eique fidem imposuerit, postea autem persona contra quam ista chartula vel instrumentum prolatum est quasi falsum hoc constitutum redarguere niteretur, *ne diutius dubitetur* utrum necessitatem ei qui protulit imponi oporteret *repetita vice hoc proferre* an sufficiat ei fides iam pridem approbata, sancimus si aliquid tale eveniat eum qui petit eam chartam *iterum proferri* (cfr. § 1, *iterum* eam apud iudicem criminis *proferre*), prius sacramentum praestare... Quid enim si cum nosset deperditam esse chartam vel forte concrematam vel alio modo diminutam, hanc requiri adsimulans et ad difficultatem productionis respiciens huiusmodi facit petitionem? et caet.

Si confronti l'esemplificazione delle cause per cui è ammissibile l'iterazione, data da Paolo nel testo citato sopra: anche il rimedio giustinianeo, il *iusiurandum calumniae*, non è originale, ma copiato dalla editio argentariorum. Non riterrei però che il *ne diutius dubitetur* della costituzione giustinianea abbia nulla da vedere col diritto classico, e vi vedrei piuttosto una controversia della pratica dei bassi tempi che come è noto è afflitta dal dilagare delle scritture false. Ma certo la controversia era nata a proposito della *causae cognitio* che in materia di iterazione si riservava il pretore, e che naturalmente aveva ereditata il magistrato-giudice bizantino. Nè deve fare ostacolo la circostanza che nel secondo codice la costituzione è inserita sotto il titolo: *de fide instrument. et amissione eorum*; essa vi è stata attratta dal falso e dalla specie concreta (*fides iam pridem approbata*): ed ogni dubbio sotto questo riguardo sparisce ove si esamini la c. 22 stesso titolo, restituita dai Basilici e priva di data, ma a mio credere

[1]) Quindi si guadagna un punto di partenza sicuro.

sicuramente posteriore alla compilazione delle Pandette, perchè rappresenta una idea fondamentale assolutamente nuova (obbligo di *edere* dei terzi che non sono parti in causa); qui il tema principale e generale è la *editio instrumentorum*, vi sono richiamati gli argentarii (§ 5), ed alla fine (§ 11) si regola in modo generico la *iteratio editionis*.

b) § 16: *qui nisi pro certis personis ne postulent.* A questo editto va ricollegata la c. 7, *qui bonis cedere possunt.* 7. 71 :

> Cum et filii familias possint habere substantias quae patribus adquiri vetitae sunt, nec non peculium vel castrense vel quod patre volente possident, quare cessio bonorum eis deneganda sit? cum etsi nihil in suo censu hi qui in potestate sunt parentum habeant, tamen *ne patiantur iniuriam* debet bonorum cessio admitti. Si enim et paterfamilias admittendus est *propter iniuriarum timorem* ad cessionis flebile veniens adiutorium, quare filiis familias utriusque sexus hoc ius denegamus? cum apertissimi iuris est et inter patresfamilias et alieno iuri subiectos, si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli.

La costituzione stessa, dicendo di essere emanata nell'intento di evitare ai figli di famiglia le *iniuriae* (col che intende il carcere e l'infamia, come dimostra l'*iniuriarum timor* dei padri di famiglia citato dopo, e la c. 8 pr. *h. t.*: Salva eorum existimatione et omni corporali cruciatu semoto - cfr. Teodoro, Bas. 21, 3. 10 sch. 1, Heimb. II, p. 456), ci rimanda al così detto catalogo degli infami. Già il nostro Alibrandi (Opere, I, p. 32 sgg. nel 1858), e poi più precisamente il Lenel, *Edit*, I, p. 89, hanno rilevato che alcuni testi del lib. VI di Ulp. *ad Ed.* (Lenel, 286. 287) e di Gaio, *ad Ed. prov.* (Lenel, 69) dimostrano la soppressione nell'editto delle cause di infamia contenute nella legge Giulia municipale lin. 110 sgg., relative alla insolvenza ed alla vendita dei beni, e di una eccezione (Lenel, *Edit.* cit nota 5) concessa al debitore *qui ex lege Iulia bonis cesserit* (c. 11, *ex quib caus inf.* 2, 11 [12]). È impossibile che i giureconsulti non si siano occupati qui della posizione dei filiifamilias (a parte il peculio castrense che già lo esigeva), e le controversie esistenti sulla possibilità dell'esecuzione personale contro costoro (v. da ultimo Solazzi,

Bullett. dell'Ist. di dir. rom 11. p. 122 sgg) son prova che qui abbiamo perduto dei passi decisivi in proposito. La ragione ad ogni modo della emanazione a questo punto della costituzione giustinianea sta nel fatto che qui non poteva mancare un trattato della cessio bonorum: è qui dove l'hanno incontrato per la prima volta; e la riforma che per essa si imponeva anzitutto era domandata dalla condizione patrimoniale mutata dei filiifamilias.

c) § 36-38: *de calumniatoribus* (Ulp. 10, Paul. 10 *ad Ed.*, Gai. 4 *ad Ed. prov.*). Dalla lettura e dallo spoglio dei commenti a questo editto sono in modo indubbio state provocate le cc. 2, *de iureiur. propter calumniam dando,* 2, 58 [59], e 15, 16, *de iudiciis*, 3, 1, che opportunamente il Krüger raggruppa come parti di una stessa costituzione. La prova è qui più patente che altrove. Da un lato cioè rinvio al Lenel, *Edit*, I, p. 122 sgg. che dimostra come a questo luogo esistesse l'editto sul *iudicium calumniae decimae partis*; e dall'altro rilevo come la c. 2 cit. al § 8 *a* dice essa medesima di sostituirsi a questo rimedio classico:

> Antiqua itaque calumnia quiescente et eius ambagibus, constitutio nostra dilucida et compendiosa in terris clareat etc.

Più esplicitamente le Istituzioni, 4, 16 *de poena tem litig.* § 1, che pei nostri giuramenti giustinianei avvertono:

> Haec autem omnia *pro* veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabat, quod nusquam factum esse invenimus: sed *pro his* introductum est et praefatum iusiurandum...:

ed aggiungono le Istituzioni:

> et ut improbus litigatur etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur,

al quale proposito richiamo la cit. c. 15 *de iudiciis*, 3, 1:

> nisi prius *omnia damna* restituat... adversariis inflicta sive circa ingressus litis, sive circa honoraria advocatorum *vel alias causas,*

e la terminologia delle novelle cit. in Bethmann-Hollweg, III, p. 310, nota 54, p. 323, che sottordinano alla calunnia le spese di lite.

Quanto alla c. 16 *de iud.* cit., che tratta della ricusazione dei giudici delegati, ben si vede come sia una emanazione dello stesso concetto, giacchè tende ad evitare che con questo mezzo si ritardino appositamente le liti; d'altro lato essa non ha importanza per noi, riferendosi ad ordinamenti specifici dell'epoca.

d) § 50: *receptum argentariorum* (Ulp. 14, Paul. 13 *ad Ed.*, Gai. 5 *ad Ed prov.*). A questo luogo fu emanata la c. 2, *de constituta pecunia* 4, 18. Per quanto inserita naturalmente nel secondo codice sotto il titolo *de const. pec.* (giacchè il *receptum* non esisteva più), essa medesima, pur costruendo il nuovo *constitutum,* indica di essere stata emanata in occasione del *receptum.* Infatti il suo inizio è: *Recepticia actione cessante*..., ed il dispositivo pratico che contiene nei riguardi del lavoro di compilazione, al § 1 *a*, è: ... *omnia quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt aboleantur* (cfr. Inst. 4. 6 § 8: sed ex nostra constitutine... ea [recepticia] quasi supervacua *iussa est* cum sua auctoritate a nostris legibus *recedere*).

I rilievi sin qui fatti mi sembra siano più che significativi per quanto riguarda il sistema adottato dai compilatori di procedere alla contemporanea elaborazione delle opere classiche appartenenti alla massa Sabiniana ed Edittale. Potrà osservarsi forse la sproporzione che esiste in questo lavoro, in quanto la legislazione procede abbastanza oltre nei libri *ad Edictum*, mentre è scarsamente inoltrata nei libri *ad Sabinum.* Ma basta gettare un'occhiata sul gruppo di costituzioni che segue subito il nostro, sotto la data II k. mai., per vedere quale selva di controversie tratteneva ancora i compilatori sulla porta dei libri *ad Sabinum* (per 6. 27, 5, le Istituzioni ci rinviano ancora a Paolo 1 *ad Sab.* (Ulp. 3: *de servor. institutione*); cfr. Lenel, *Paling.* Paul. 1607); e questa buona gente in fondo ci mette a parte delle pene che sopportava col continuo accentuare le *altercationes* dei classici. Cfr. 6. 27, 5 § 1: et tanta inter veteres exorta est contentio ut vix possibile sit eandem decidere; 6. 30, 21; veteres in multas retrahuntur sententias; 6. 38, 4: et si quis eorum (i veteres) altercationes singillatim exponere maluerit, nihil prohibet non leve libri volumen extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum

varietas, et cet. Questo secondo gruppo di costituzioni è in sostanza un aggregato di decisiones che costituisce un' appendice al primo ed è provocato tuttavia dalla elaborazione di primi libri *ad Sabinum.*

Più delicato è vedere se le costituzioni da noi principalmente prese a considerare lascino scorgere l'influenza della elaborazione delle *Quaestiones* papinianee che stanno a capo della terza massa: ciò perchè è noto come tale opera segua, salvo negli ultimi libri, l'ordine edittale, e doveva, sia per questo, sia perchè composta di un aggregato di casi pratici, avere un posto subordinato rispetto ai commentarii *ad Ed.* che trattavano gli istituti nel loro complesso metodicamente. Nonostante ritengo che tale influenza si riveli nelle costituzioni che ancora restano ad esaminare.

Nella c. 2, *de indicta viduitate et de lege Iulia miscella tollenda*, 6, 40, Giustiniano dice:

> Ambiguitates legis Iuliae miscellae generali lege tollentes nullum concedimus fieri iuramentum secundum praedictam legem sed penitus *ea cum Muciana cautione super hac causa quiescente* licere mulieribus etiam maritorum suorum interminatione spreta quae viduitatem eis indicit... ad secundas migrare nuptias... et percipere ea quae maritus dereliquit... § 2. Tale igitur iuramentum conquiescat et lex Iulia miscella *cedat cum Muciana cautione super hoc introducta*...

Si può per così dire procedere alla localizzazione di questa costituzione, considerando che Giustiniano, nov. 22, cap. 44 § 8, dice di averla emanata προφάσει = *occasione* Legis Iuliae miscellae; e qui dice di abolire la detta legge *insieme* con la cauzione Muciana, quest'ultima però soltanto in questo riguardo (super hac causa quiescente): su tale connessione con la cauzione Muciana torna ad insistere sulla fine (cfr. nov. 22, cap 43), e nella c. 3 pr *h t.*: sancimus *legem Iuliam miscellam... nec non* Mucianam cautionem quae super talibus nuptiis introducta est... *cessare.* Ciò indica che la nostra costituzione fu emanata in presenza di commenti classici che trattavano delle condizioni potestative negative e della cauzione Muciana. Inoltre dal fatto che il titolo *de indicta viduitate* si trova nella materia dei legati (l'unica cost. pregiustinianea, la L. 1, non ha riguardo che ad un caso di legato); dalla circostanza che i termini usati dalla nostra

costituzione (*ea quae maritus dereliquit*: cfr c. 3 § 2 *h. t.*: *sive semel sive in annos singulos* (!) *haec liberalitas fuerit conscripta*) spingono a ritenere che il redattore scrisse per lo meno sotto l'impressione di un materiale che concerneva i legati; e dalla ben più importante constatazione che in sede di istituzione d'erede non una parola si trova della cauzione Muciana nei commenti classici e (Giustiniano aveva ragioni piuttosto per conservare i testi), e che l'estensione di essa all'eredità è con la massima probabilità opera bizantina [1]), dobbiamo inferire che la legge di cui ci occupiamo trae origine dalla soppressione di testi collocati in sede di condizioni potestative negative nei legati.

E veramente il materiale classico che ci rimane porta alla stessa conseguenza, poichè soltanto in questa sede incontriamo testi che trattano di condizioni di non contrarre nozze, nelle cui vicinanze dovevano trovarsi naturalmente gli altri che si occupavano della *condicio viduitatis* imposta dal marito. Ma questo stesso materiale inoltre impone di ritenere che la nostra costituzione fu provocata dalla lettura delle *Quaestiones* di Papiniano. I relativi passi infatti appartengono alle masse Sabiniana e Papinianea e si collocano nell'ordine seguente, a seconda del posto che i libri da cui son tratti occupano negli elenchi del Bluhme.

Per la massa Sabiniana:

L. 7 pr, D 35, 1 (Ulp. 18 ad Sab.).
L. 106 D. eod. (Digesti di Giuliano).

Per la massa Papinianea:

L. 71 D. 35, 1 (Papin. 17 quaest.).
L. 72 eod. (idem 18 quaest.).
L. 74 eod. (idem 32 quaest.).
L. 77 eod. (idem 7 respons.).
L. 101 eod. (idem 9 respons.).
L. 79 eod. (idem 1 definit.).
L. 67 (65) § 1, D. 36, 1 (Maecianus 5 fideicomm. [2]).

[1]) Cfr. Scialoja, *Bull. dell'Ist. d. dtr. rom.* 11, 1900, p. 265 sgg.

[2]) Gli altri testi relativi a condizioni potestative negative nei legati ed alla cauzione Muciana non presentano traccie di condizioni relative alle nozze, ma riguardano altre ipotesi di condizioni: D. 35. 1. 18; 67; 73 — D. 40. 4. 61; 17 pr.; 22.

Però la possibilità che la nostra costituzione stia in relazione con la serie Sabiniana è esclusa dal vedere che i compilatori ritornano sulla legge Iulia miscella sotto la data k. nov. 531, con la c. 3 *h. t.*, la quale dice in modo espresso di essere provocata dalla lettura dei libri ad Sabinum; cfr. § 2: Sed quia *apud Ulpinum in libris Sabinianis invenimus* quaedam verba quae effugiunt legis miscellae observationem, *ne quis et ea sublata esse putaverit*, e con queste ultime parole indica di avere ora soltanto incontrato un fatto nuovo che richiede una interpretazione della legge precedente, la quale dunque non fu emanata tenendolo presente. Nè diversamente lascia inferire il pr. di L. 3, dove si parla non più della sola legge Iulia miscella, ma anche di *senatusconsulta quae circa eam facta sunt,* ignoti alla costituzione precedente perchè incontrati o presi in considerazione soltanto dopo nei libri ad Sabinum.

Resta quindi che il primo luogo ove i compilatori si imbatterono nelle condizioni potestative negative dei legati e nella cautio Muciana sono le *quaestiones* di Papiniano, lib. 17. 18. (Lenel, 264. 272), e la lettura dei testi potrà convincere come vi fossero largamente rappresentate le condizioni relative alle nozze, mentre è naturale che i testi concernenti la *condicio viduitatis* e la legge Giulia sono spariti. In questi passi è necessario vedere la ragione per cui la nostra costituzione si trova all'inizio della legislazione nel periodo che accompagna il lavoro compiuto sui libri classici [1]).

L'influenza delle questioni papinianee accertata in questo punto speciale ci obbliga a vedere in esse la spiegazione del fatto che allo inizio pure della legislazione stessa si trovi la c. 2 *communia de leg. et fideicomm.* che fonde i legati ed i fedecommessi. Dato il poco progresso, dimostrato sopra, nella elaborazione dei libri ad Sabinum, è appunto coi libri 16-20 delle questioni papinianee che i compilatori si trovarono per la prima volta costretti ad occuparsi di proposito di questi due istituti, ed è anche la parte dove le hanno più largamente usate. Or se la cost. cit. nel suo principio potrebbe anche ricollegarsi alle forme dei testamenti, in quanto abolisce le formule

[1]) Indizio ulteriore non trascurabile: la serie dei frammenti della massa papinianea conservati dai compilatori al loro posto nella materia specifica dei legati comincia coi legati condizionali (L. 64 sgg. D. *de leg. II*: lib. 15 sgg. *quaestionum* di Papiniano).

distintive dei legati e dei fedecommessi, non può invece collegarsi che ad un momento pratico relativo al trattamento da farsi ai testi specifici dei legati e fedecommessi, in quanto ordina: § 1... et si quid tale est quod non habet natura legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur; § 2: ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniat, hoc fideicommisso quasi humaniori adgregetur et secundum eius dirimatur naturam: forme caratteristiche di queste costituzioni *ad commodum propositi operis pertinentes*, che mentre sono ordini ai compilatori, valgono come criteri di interpretazione: qui in particolare dove una fusione nelle Pandette dei testi dei legati e dei fedecommessi non si potè concepire, ma, dato il sistema, una semplice giustaposizione. In altri termini questa costituzione corrisponde ad un momento in cui si dovè proporsi la domanda: che fare dei testi relativi ai legati e di quelli relativi ai fedecommessi? - sopratutto di fronte alla c. 1 *h t.* che aveva già in sostanza iniziato la riforma[1]. E questo momento non si poteva presentare ai compilatori per la prima volta, se non di fronte ai libri 16-19 (de legatis) e 19-20 (fedecommessi) delle *quaestiones* di Papiniano.

È da ultimo da mettere in relazione col lavoro dei compilatori sui testi dei legati anche la c. 3 *de verb. et rerum significatione*, 6. 38:

> Sancimus cautionis nomine vel ἀσφαλείας non esse fideiussoris dationem *interpretandam*, nisi hoc specialiter vel in Graecis vel in Latinis verbis *scriptum fuerit*: nisi enim vel generaliter de satisdatione vel de fideiussione specialiter *sit nominatum*, cautione vel cautela vel ἀσφαλείᾳ minime fideiussionem, sed nudam promissionem significari.

Il Bluhme, p. 299 n° 1, ha già indicato, in base alla doppia serie riscontrata nei libri del Digesto relativi ai legati, come i compilatori avessero dapprima ideato un titolo *de verb sign.* da annettere ai legati a somiglianza di quel che fa il Codice; nè la natura

[1]) Basta leggere le *Istituzioni*, 2. 20 *de legatis*, § 2. 3, per convincersi. Esse, dopo aver riferito il contenuto della c. 1 *h. t.*, passano alla c. 2 (la nostra) con questi termini: Sed non usque ad eam constitutionem standum existimavimus, *cum enim antiquitatem invenimus* (leggi: il lavoro della compilazione) legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem... pinguiorem naturam indulgentem... necessariu n duximus . exaequare, ut... quod deest legatis hoc repleatur ex natura fideicommissorum etc.

dei frammenti che compongono le tre masse ripetute lascia luogo a dubbi in proposito. Or la nostra costituzione, per il titolo in cui è inserita, pei termini che usa (*interpretandam*; *scriptum fuerit* [cfr. c. 4 *h. t* : cum quidam sic vel institutionem vel legatum... scripsisset]; *sit nominatum*; cautionis nomine *significari* [cfr. c. 5 *h. t* : familiae nomen...; per hanc appellationem significari]), si manifesta come interpretazione legislativa di un termine contenuto in una disposizione testamentaria; essa è dunque il primo prodotto del metodo separatista propostosi dai compilatori, il che fu in sostanza già visto dal Bluhme, p. 300. E se ci rivolgiamo alle fonti classiche, troviamo con una regolarità che non può essere occasionale, che Papiniano sulle sue *Quaestiones*, lib. 17, (Lenel, 258 = L. 8 D. 7, 5) tratta appunto di un caso in cui il testatore abbia imposto agli eredi di dar cauzione per il legatario: l'unico testo forse di questo genere nelle Pandette; l'unico ad ogni modo in cui nell'ordine dei libri classici si presenti per la prima volta la quistione: esso non può invero dare luogo al dubbio supposto dalla costituzione, perchè il testatore impone espressamente di *satisdare*; ma è anche vero che indica il luogo dalle cui vicinanze sono spariti i testi che al dubbio sul senso di *cautio* si riferivano, testi che dovevano esistere, poichè la giurisprudenza classica non poteva che fondarsi sulla verisimile volontà del testatore, e non poteva tagliar corto come fa Giustiniano decidendo che *cautio* senza ulteriore specificazione indica sempre nelle disposizioni di ultima volontà una *nuda promissio*.

III.

Riassumendo i risultati del presente studio, riterrei di poter asserire che la correlazione di tutte le costituzioni esaminate col lavoro della compilazione è abbastanza evidente, e che esse si distribuiscono in base alle tre masse bluhmiane a questo modo:

Sab.	Ed.	Papin.
6. 22, 10	4. 21, 21	6. 43, 2
6. 28, 3	7. 71, 7	6. 40, 2
6. 23, 29	2. 58, 2; 3. 1, 15 16	6. 38, 3
	4. 18, 2	

E se pure alcuna delle dimostrazioni speciali non dovesse soddisfare, ciò dovrebbe mettersi a carico mio; perchè un fatto almeno mi sembra ineluttabile: che cioè la struttura di questo gruppo di costituzioni non può spiegarsi, se non come il prodotto della contemporanea considerazione di materie appartenenti ai primi libri delle opere classiche da cui sono costituite le basi delle tre masse scoperte dal Bluhme, e che quindi la sua idea sull'origine di queste masse dal sistema di lavoro adottato dai compilatori non può più chiamarsi una congettura.

Dal proseguire a questo medesimo fine la stessa ricerca sulle costituzioni successive di Giustiniano mi ha distolto un dubbio fondamentale. Nel primo gruppo di esse non ha importanza la quistione se la raccolta di leggi portanti la stessa data rappresenti tutto ciò che i compilatori avevano preparato in materia legislativa[1]); ed è già una fortuna che l'influenza delle tre masse vi si lasci scorgere. Ma nei gruppi successivi di costituzioni la data rappresenta essa ugualmente il solo lavoro compiuto effettivamente nell'intervallo, e tutto il lavoro compiuto? Quanto di già preparato prima, è stato emanato dopo, e quanto è stato ancora sospeso per ragioni che a noi non è dato sorprendere? Di fronte a questa eventualità, il trarre illazioni pro e contro la tesi bluhmiana dalla composizione di tali gruppi posteriori diviene estremamente pericoloso. Ma non voglio con ciò asserire che lo studio di essi sia privo d'importanza, e non possa, prudentemente condotto, dare utili risultati. Che anzi, nella speranza che questo mio saggio trovi approvazione da parte dei competenti, segnalo, specialmente ai giovani perchè vi dirigano la loro attività critica, la opportunità di seguire anche nella posteriore lagislazione giustinianea le tracce rilevabili della sua connessione col lavoro di spoglio dei libri classici, potendo ciò servire a spiegarci la struttura e la portata di queste leggi che molte volte sono oscure appunto perchè non ci si può rappresentare il materiale che forma il retroscena delle loro disposizioni. In questo, più che nella conferma della tesi bluhmiana, io sarei lieto di vedere il frutto del presente lavoro.

CARLO LONGO.

[1]) Mentre, d'altro canto, sul primo inizio della compilazione ci assiste l'inverosimiglianza che gli elaboratori di una serie di libri si siano già potuti occupare di materie situate in luoghi distanti nella serie stessa.

LA L. 16 DIG. DE COND. CAUSA DATA 12, 4

E

L'OBBLIGO DI TRASFERIRE LA PROPRIETÀ NELLA VENDITA ROMANA

Sommario — I. Occasione di questo studio. Lavori dello Schlossmann e dell'Appleton. — II. Principali gruppi delle opinioni precedenti. Il testo richiede una duplice interpretazione. — III. Il testo di Celso. La lezione Fiorentina è corretta eccetto che nella iscrizione. — IV. Confutazione delle proposte di modificazione. Critica della proposta del Noodt. — V. Proposte dell'Appleton. — VI. Critica della prima proposta dell'Appleton di sostituire *Pamphilum* a *pecuniam*. — VII. Critica della seconda proposta dell'Appleton e del Krüger di sostituire *rem* a *pecuniam*. — VIII. Critica di una terza proposta dell'Appleton simile alla seconda. — IX. Altre correzioni non possono ammettersi. — X. Deve leggersi *proportione*. — XI. Le interpolazioni del testo. — XII. Non può dirsi interpolata tutta l'ultima parte. — XIII. Vi sono tuttavia alcune interpolazioni. — XIV. Esame del significato intrinseco del testo. In che consisteva la questione per Celso. — XV. Significato tecnico di *dare* in senso stretto. Critica della contraria opinione dello Schlossmann. — XVI. Il dubbio di Celso era fondato sul *dare Stichum*. — XVII. Per Celso il *dare* eccedeva i limiti della vendita. — XVIII. L'obbligo di *dare* e l'obbligo del venditore. — XIX. La l. 16 (12, 4) come parte della legislazione giustinianea. Difficoltà. Possibili soluzioni.

I. — Dopo avere lungamente affaticati gl'interpreti fino dagli scoliasti dei Basilici e dai Glossatori, il testo di Celso, che nelle Pandette costituisce la l. 16 de cond. c. d. 12, 4, è stato recentemente oggetto di particolari studi. Lo Schlossmann prima nella *Rivista della Fondazione Savigny* [1]), l'Appleton poco dopo nella *Nuova rivista*

[1]) SCHLOSSMANN, *Zur Geschichte des römischen Kaufes* (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abth. XXIV, 1903, pp. 152-193). Veggasi di questo studio la recensione dell'ERMAN nella Rivista medesima, Rom. Abth. XXV, 1904, p. 464 sgg.

storica di diritto francese e straniero [1]), hanno passato in rassegna i tentativi dei giureconsulti antichi e moderni, tutti criticandoli, ed hanno messo innanzi nuove idee in proposito.

Chiunque conosca la grande acutezza critica di questi due scrittori e la elegante arte espositiva del professore dell' Università di Lione, comprenderà facilmente come molti autorevoli romanisti abbiano acceduto alle censure mosse contro le opinioni precedenti, e parecchi si siano indotti a seguire l'Appleton nella via da lui segnata di correggere la tradizionale lezione del testo.

Io stesso debbo confessare, che mentre leggevo gli articoli dell'insigne collega lionese, mi sono da principio sentito spinto verso la stessa direzione; ma, poichè appunto in quei giorni io interpretava la l. 16 Dig. 12, 4 nel mio corso di Pandette nell' Università di Roma, avendo dovuto più maturamente esaminare la cosa, sono pervenuto ad una conclusione diametralmente opposta [2]).

Credo perciò non inopportuno esporre qui succintamente il mio pensiero, senza rifare il minuto lavoro critico delle precedenti opinioni, che dai due scrittori testè citati è stato, se non perfettamente, certo sufficientemente compiuto [3]).

II. — Avverto soltanto, che io credo esagerate sotto più d'un aspetto le censure mosse a parecchi degli interpreti, i quali spesso non sono riusciti ad esprimere con piena esattezza le idee, che loro balenavano in mente. In tal caso, più che rimproverare e rigettare, conviene scusare e raccogliere quanto di buono può esser contenuto anche in proposte che non si possono in tutto accettare.

E per vero, se si lasciano in disparte alcune interpretazioni stra-

[1]) Appleton, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine. Fr. 16 D, de cond. causa data, XII, 4* (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, XXX, 1906, pp. 739-780), e, a guisa di appendice, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine* (*Nouv. Rev. hist.*, XXXI, 1907, pp. 100-103).

[2]) I concetti fondamentali del breve articolo presente si trovano perciò già esposti negli appunti delle mie lezioni raccolti dai miei discepoli (V. Scialoja, *Compra-vendita. Lezioni stenografate e compilate dal dott. G. Pulvirenti*, Roma 1907).

[3]) Tra le enumerazioni critiche di opinioni più antiche va segnalata, oltre quelle del De Passeribus, *Concilatio cunctarum legum* (Lugd. 1618), p. 204 sq., citata dall'Appleton, e dello Schulting ad h. l., specialmente quella del Bynkershoek, *Observ.* VI, 24.

vaganti e fantastiche, è notevole che parecchie delle opinioni dei precedenti romanisti si possono raggruppare in due classi: le une cercano la spiegazione del testo nell'obbligazione di *dare Stichum* assunta dalla controparte; le altre vogliono risolvere le difficoltà rilevando qualche mancanza del consenso contrattuale.

Questi due opposti indirizzi hanno, a parer mio, entrambi qualche elemento di verità. Solo conviene stabilirne con precisione il vero significato e l'applicazione. Seguendo il primo indirizzo si troverà la spiegazione del testo di Celso; seguendo il secondo la interpretazione del testo giustinianeo. La l. 16 Dig. 12, 4 non può infatti intendersi, se non con una duplice interpretazione.

III. — Incominciamo ad esaminare il frammento come appartenente all'opera di Celso.

> Celsus *libro tertio digestorum*: « Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus proportione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feeeris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim ».

La lettura del testo apparisce corretta in tutto, fuorchè nella iscrizione, dove, come fu già bene avvertito [1]), deve probabilmente leggersi *libro octavo* invece di *libro tertio*, perchè mal si può intendere come Celso avesse potuto parlare di dazioni per causa e di vendita nel libro terzo dedicato a ben diversa materia, mentre appunto della vendita egli trattava nel libro ottavo. È tuttavia una semplice ipotesi, la quale suppone un errore dell'amanuense all'atto di trascrivere nella collezione giustinianea il testo originale di Celso, fraintendendo i numeri di questo originale e leggendo III dove era scritto VIII.

La constatazione di questo errore può avere importanza sotto due rispetti. Anzitutto perchè ammettendo che il frammento appartenesse

[1]) LENEL, *Palingenesia*, I, col. 139 n. 4, Celsus n. 73; APPLETON, p. 740 n. 4.

al libro ottavo, lo si pone in originaria diretta connessione con la dottrina della compra-vendita; in secondo luogo, perchè i critici possono valersi di questo errore per sostenere la maggiore probabilità di altri, essendo noto che spesso la disattenzione dei copisti, fatta maggiore in certi momenti dalla stanchezza o da altre cause perturbatrici, produce gruppi di errori consecutivi in poche linee[1]).

Io tuttavia, come ho testè accennato, non credo che altri errori di scrittura si possano riconoscere nel testo. Tale fu anche l'opinione degli editori fino ad oggi, eccetto che per qualche parola insignificante.

Nel manoscritto fiorentino, si vede che l'amanuense dopo avere scritto *mortuos*, lo ha subito modificato in *mortuus*; mentre ha lasciato il successivo *liberaueris* invece di *liberaberis*, con una variazione di lettere non infrequente, la quale fu corretta soltanto da mano più recente.

Degli altri manoscritti più autorevoli esaminati dal Mommsen, il Parigino lat. 4450 del secolo IX, oltre ad un errore di prima mano *an ulla* subito ridotto ad *an nulla*, porta *in quo* invece di *in quod* (similmente il codice Patavino universitario 941 del secolo XII) ed in fine nella terz'ultima parola *pecunia* invece di *pecuniam*.

Gli editori della lezione vulgata danno *liberaris* invece di *liberaberis*; Haloandro legge inoltre *an et hic nulla* in luogo di *an nulla hic*, e *in quo* invece di *in quod*.

La fiorentina deve evidentemente preferirsi e la sua lezione ci rappresenta il corretto testo giustinianeo.

IV. — Non così la pensarono sempre gl'interpreti e non così la pensano ora alcuni insigni colleghi.

Il Noodt, *Probabil.* IV, 4, che sosteneva aver Celso parlato di scambio tra danaro straniero e schiavo, voleva che si leggesse *Dedi libi peregrinam pecuniam*, supponendo un'abbreviazione *pe. pec.* ovvero *peg. pec.* letta male dal copista. Il Noodt non dice se l'errore, da lui immaginato, fosse stato commesso nel trascrivere il passo di Celso per inserirlo nelle Pandette, ovvero nelle copie delle Pandette medesime.

[1]) Ciò ho sostenuto io stesso più volte: cfr. *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei*, 1902, XI, p. 171 sgg.; *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche del 1903*, vol. IX, Roma 1904, p. 190.

La congettura non ebbe molta fortuna, e fu anzi severamente riprovata dal Bynkershoek, *Observ.* IV, 24. Io dimostrerò in seguito ch'essa non è punto necessaria, anzi non giova alla retta intelligenza del testo; qui mi contento intanto di notare che stanno contro di essa gravi ragioni di forma. Anzitutto per designare la moneta straniera Celso avrebbe detto *peregrinos nummos* e non *peregrinam pecuniam*, poichè il suo pensiero si sarebbe indirizzato non al danaro in genere, ma ai singoli pezzi di moneta. Infatti i due autori che lo stesso Noodt cita in suo appoggio parlano appunto di *nummi*.

Così Plinio, *H. N.* lib. 33, c. 3, 13, 45: « Is qui nunc Victoriatus appellatur lege Clodia percussus est. Antea enim hic nummus ex Illyrico advectus mercis loco habebatur ».

E Volusio Meciano, *Assis. distrib.* 45: « Victoriatus enim (qui) nunc tantundem valet quantum quinarius, olim ut peregrinus nummus loco mercis, ut nunc tetradrachmum et drachma, habebatur ».

Similmente l. 28 D. de usufr. 7, 1; l. 27 § 4 de auro 34, 2; Horat. *Ep.* 2, 1, 234; Sueton. *Aug.* 75.

Inoltre mentre l'abbreviazione normale di *pecuniam* è veramente *pec.*, altrettanto non può dirsi relativamente a *peregrinam*. Nel Gaio Veronese troviamo *pereg.* ovvero *pegrinus*; nelle *Notae Vaticanae* abbiamo *peg'* = *peregrinus* [1]); onde forse non perfettamente corrette sono le altre abbreviazioni *p. e. g* = *peregrinus* nelle *Notae Papianae et Einsidlenses* [2]), *peg.* = *peregrinus* in Pietro Diacono [3]), e *pe.* = *peregrinum* nelle *Notae Magnonianae* [4]), sulle quali probabilmente si fondava il Noodt.

Non è dunque facile ammettere il supposto errore dell'amanuense.

V. — Nessuno aveva più posto in dubbio la lezione *pecuniam*, finchè l'Appleton non venne a scuotere la fede comune con una sua molto ingegnosa congettura.

[1]) Vedi l'edizione del MOMMSEN nei *Grammatici latini* del KEIL (Lips. 1864), vol. IV, p. 311.

[2]) Ibid. p. 325.

[3]) Ibid. p. 345.

[4]) Ibid. p. 298.

Movendo dal concetto che Celso non avesse potuto negare il carattere di compra-vendita al contratto *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*, l'Appleton dapprima [1]) congetturò che invece di *pecuniam* si dovesse leggere *Pamphilum*. Nel manoscritto dell'opera di Celso l'amanuense avrebbe trovata l'abbreviatura *pam* e invece di spiegarla *Pamphilum*, come avrebbe dovuto, da buon bizantino ignorante avrebbe trascritto *pecuniam*: naturalmente l'errore commesso una volta si è ripetuto anche per le altre due volte che la parola *pecuniam* si ripresenta nel testo. Si avrebbe dunque una discrepanza tra l'originario scritto di Celso e il passo del Digesto.

Ma nel suo secondo articolo [2]) lo stesso Appleton, dopo avere con meritata soddisfazione notato che molti insigni cultori del diritto romano si erano dichiarati propensi ad accettare il suo ordine d'idee, riferisce alcune obbiezioni mosse alla sua congettura, delle quali alcune egli crede poco fondate, altre invece lo inducono addirittura ad accogliere la proposta fattagli da Paolo Krüger di sostituire (almeno nel testo originario di Celso) *rem* a *pecuniam*, sacrificando così il povero *Pamphilum* nato vivo, ma non vitale.

A me sembrano inaccettabili l'una e l'altra ipotesi.

Naturalmente esse non hanno ragion d'essere, se non in quanto si ritenga impossibile trovare un senso accettabile del frammento Celsino conservandone l'attuale lezione. Io dimostrerò che esso invece si può ottimamente così interpretare.

Ma anche indipendentemente da ciò, troppe difficoltà ci vietano di seguire i due insigni critici nelle loro congetture.

VI. — Alla prima, per cui si dovrebbe leggere *Pamphilum* dov'è scritto *pecuniam*, si oppongono, a parer mio, queste obbiezioni.

1° È difficile ammettere l'inusitata abbreviazione *pam* per *Pamphilum*. L'Appleton non ne adduce alcun esempio. L'irregolarità fu anche rilevata da parecchi romanisti, come il Lenel, l'Huvelin, il Kübler, Paolo Krüger. Nè vale replicare che più volte si trovano abbreviazioni di nomi poco regolari, come per esempio *Sul.* per *Sulpicius* nel Gaio Veronese III, 183 (fol. 43 r, l. 8), perchè ivi si legge *Sēr. Sul.* = *Servius Sulpicius*, onde l'irregolarità diminuisce per la

[1]) Op. cit. XXX, p. 668 sgg.
[2]) Op. cit. XXXI, p. 100 sgg.

combinazione delle due abbreviazioni; mentre la sillaba *pam* mal si adatta a rappresentare un nome composto com'è *Pam-philum*.

2° Più irregolare ancora mi sembra l'abbreviazione *pam* per *pecuniam*, che al copista sarebbe apparsa così normale da indurlo nell'errore. *Pecunia* normalmente si abbrevia in *pec.* o *pec̄* o *pec̄.* o *pec̄.*; nel Gaio Veronese una volta (fol. 66 r, lin. 3; Gai. 4, 48) si ha *pec.n* = *pecuniam*; una volta (fol. 33 r, lin. 5; Gai. 3, 131) in un passo piuttosto abbondante di errori *pc̄* ovvero *pe̅* = *pecuniae*, ma, si noti, in congiunzione con la parola *numeratio*; un' altra volta (fol. 33 r. lin. 10; Gai. 3, 132), in un passo anche peggio scritto, *pecae* = *pecuniae* con evidente errore[1]); *pca̅* = *pecunia* si trova nelle *Notae* edite dal Lindenbrog[2]).

Non credo vi sia esempio di *pam* per *pecuniam*. S'incontra bensì *P.* per *pecunia* nelle epigrafi, ed in alcune formule usuali come *p. c.* = *pecunia constituta*[3]), ma non isolatamente nei manoscritti. L'esempio addotto dall'Appleton[4]) di *p.* = *pecunia*, tratto dal manoscritto veronese di Gaio, non vale; perchè nel luogo da lui citato (fol. 33 v, l. 24; Gai. 3, 141) si trova non già *p* semplicemente, ma *p̄* con una linea sovrapposta, e, ciò che è più grave e ben fu rilevato dallo Studemund[5]), non si tratta di parola isolata, ma bensì di parte della formula usuale *in numerata p(ecunia)*.

3° Non è probabile che, se l'ipotesi fosse stata: *Dedi tibi Pamphilum*, il giureconsulto scrivesse in seguito *repetere possum quod ideo tibi dedi* ecc. Ciò fu anche osservato dal Lenel e dal Kübler. L'Appleton[6]) risponde che lo stesso dovrebbe dirsi relativamente a *pecuniam*, perchè nell'uno e nell'altro caso lo scrittore avrebbe voluto evitare una troppo frequente ripetizione della medesima parola; ma egli stesso ammette che il *quod* molto meglio può riferirsi a *pecuniam* che a *Pamphilum*.

[1]) Vedi l'*Index notarum* in appendice all'Apografo di Gaio dello STUDEMUND (Lips. 1874), p. 287.

[2]) Cfr. *Grammatici latini* sopra citati, IV, p. 298.

[3]) PROBUS, 5, 14; cfr. *Notae Papianae et Einsidlenses* nei citati *Grammatici latini*, IV, p. 325. Vedi pure *p. e. c.* = *pecunia est constituta* in PETRUS DIACONUS (ibid. IV, p. 345).

[4]) Op. cit. XXXI, p. 102 nota 2.

[5]) *Index notarum* in appendice all'Apografo di Gaio, p. 283.

[6]) Op. cit. XXXI, p. 101.

4° Lo Pflüger ha notato che non bene l'autore del frammento avrebbe scritto *quia hominem accipientis non feceris* alludendo a Stico, se nell'ipotesi fossero stati menzionati due uomini, Stico e Panfilo. L'Appleton trova l'obbiezione molto seria.

5° Stico e Panfilo sono nomi di schiavi molto usati nei testi dei giureconsulti romani; ma appunto perciò è notevole, ch'essi sogliono essere menzionati in quest'ordine, Stico e Panfilo, e non già Panfilo e Stico. Secondo ogni probabilità Celso, dovendo proporre l'esempio di uno scambio tra due schiavi, avrebbe scritto: *Dedi tibi Stichum ut mihi Pamphilum dares* [1]) e non *Dedi tibi Pamphilum*, come suppone l'Appleton.

VII. — Come ho già sopra accennato, l'Appleton medesimo, nel suo secondo scritto, abbandonando la propria ipotesi, ne accoglie un'altra suggeritagli da Paolo Krüger.

Nessuna autorità maggiore di quella dell'insigne editore di fonti giuridiche romane. Tuttavia, anche astrazione fatta dai motivi intrinseci che noteremo più oltre, troppo forti obbiezioni formali si oppongono alla nuova proposta.

Pretende il Krüger che nel manoscritto Celsino in luogo di *pecuniam* fosse ogni volta scritto *rem*, e che il copista incaricato di inserire il testo nel Digesto abbia male spiegata la parola, non avvedendosi di una lieve diversità grafica tra le due supposte abbreviazioni. Solita abbreviazione di *rem* è veramente *R.*: chiunque se ne persuaderà gettando un'occhiata sulla pag. 298 dell'*Index notarum* annesso all'Apografo di Gaio dello Studemund. Ma questa constatazione non basta: converrebbe dimostrare che Celso avesse scritto *rem*, e che con probabile errore il copista avesse potuto scambiare *R.* per la sigla di *pecuniam*.

Le mie obbiezioni sono parecchie.

1° Non è addirittura impossibile, ma certo poco probabile che Celso, dovendo configurare un esempio e avendo scelto per uno degli oggetti di prestazione il concreto schiavo Stico, invece di contrapporvi un altro oggetto concreto, abbia scritto il generico *rem*. *Dedi tibi pecuniam*, o *dedi tibi Pamphilum ut mihi Stichum dares* sta benissimo; *Dedi tibi rem ut mihi Stichum dares* è per lo meno brut-

[1]) Cfr. l. 7 § 2 de pactis 2, 14. Vedi pure Celso l. 19 de leg. II, 31

tissimo. Nè vale citare, come fa l'Appleton[1]), la frase della l. 7 § 2 de pactis 2, 14: *dedi tibi rem ut mihi aliam dares*, perchè in essa i due oggetti sono entrambi indeterminati; sicchè l'esempio, se ben si guardi, è piuttosto contrario che favorevole all'ipotesi sostenuta. Veggasi infatti poco dopo nella stessa l. 7 § 2 l'esempio di prestazioni concrete *dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas*. Similmente nella l. 5 § 1 de praescr. verb. 19, 5 (poco importa se interpolata o genuina) accanto all'ipotesi *rem do ut rem accipiam*, abbiamo l'altra concreta *si scyphos tibi dedi ut Stichum mihi dares*.

2° La parola *pecuniam* ritorna ben tre volte nel testo; sicchè supponendo che il *rem* fosse scritto *R*. bisognerebbe ammettere che per tutte tre le volte lo scrivano non si fosse accorto che l'originale portava un *R* e non un *P*. La difficoltà, sotto questo aspetto, era minore nella prima ipotesi dell'Appleton, poichè si trattava di un'errata soluzione dell'abbreviazione *Pam*; ma qui, oltre l'errore di soluzione della sigla, dovrebbe ammettersi anche l'errore della lettura della sigla stessa

3° Ho già dimostrato più sopra che la sigla *P*. per *pecuniam*, così isolatamente, è senza esempio. È dunque difficile ammettere che l'amanuense avesse creduto di vedere nel testo una sigla per lo meno insolita, invece di quella assai consueta *R*. = *rem*. E se tutto il significato del testo dipendeva appunto dall'esservi menzionata *rem* e non *pecuniam*, oltre l'errore dell'amanuense bisognerebbe supporre anche un improbabilissimo errore dei revisori.

4° Ma il Krüger e con lui l'Appleton[2]) adducono un caso, che, secondo loro, prova come lo scambio tra l'originario *rem* e *pecuniam* non solo possa accadere, ma sia realmente accaduto, in circostanze anche sotto altro aspetto analoghe a quelle della l. 16 de cond. causa data 12, 4. Il caso a prima vista può veramente far molta impressione sull'animo del lettore, e merita perciò qualche parola d'illustrazione e di confutazione.

Si tratta del paragone tra la l. 60 de O. et A. 44, 7 e la l. 130 de R. I. 50, 17, la quale ultima si ritrova quasi identica nelle Istituzioni § 1 si quadr. paup. 4, 9. Ecco i testi:

[1]) Op. cit. XXXI, p. 102.
[2]) Op. cit. XXXI, p. 103 nota 1.

L. 60 de O. et A. 44, 7: Ulpianus, *libro septimo decimo ad edictum*: « Numquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit ».

L. 130 de R I. 50, 17: Ulpianus, *libro octavo decimo ad edictum*: « Numquám actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit ».

Inst. 4, 9, 1: « numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia consumit ».

Osservano il Krüger e l'Appleton [1]) che il testo deve essere originariamente lo stesso tratto del libro XVIII del *Commento* di Ulpiano all'editto; poichè in questo libro il giureconsulto trattava dell'azione *de pauperie*, alla quale, secondo il paragrafo delle Istituzioni, il passo si riferiva.

Il copista dunque nel trascrivere il frammento per inserirlo nel titolo *de Obligationibus*, in un momento di più grave distrazione lesse male il numero del libro XVIII e scrisse *libro septimo decimo*; dopo ciò tornò a sbagliare leggendo *pecunia* là dove era scritto *re*, male risolvendo le abbreviazioni. Ora se ricordiamo che l'intestazione della l. 16 de cond c d 12, 4 è anch'essa errata nel numero del libro, non dobbiamo forse ammettere che i due casi sono pressochè identici, e che l'errore accaduto in un caso possa essersi ripetuto nell'altro?

Nulla di più ingegnoso: sicchè riesce quasi increscioso dover sottoporre al coltello anatomico della critica un così geniale argomento. Ma la critica deve distruggerlo.

È quasi certo che i due frammenti del Commento *ad edictum* di Ulpiano si riferiscono allo stesso originale passo del libro XVIII, sicchè nel fr. 60 (44, 7) secondo ogni probabilità l'intestazione fu sbagliata. Ciò fu ammesso già dallo Schulting [2]), dal Mommsen [3]), dal Lenel [4]) e da altri; ma la diversità dei due frammenti mal si può ridurre ad uno sbaglio del copista. Evidentemente siamo di fronte a testi interpolati, le variazioni dei quali sono dovute alla mano dei

[1]) Nello svolgere gli argomenti di questi due illustri colleghi, io mi servo di una lettera gentilmente scrittami in proposito dal prof. Appleton. Nell'articolo stampato da lui questo punto è solo brevemente accennato nella nota citata.

[2]) *Notae ad Pandectas* ad h. l., vol. IV, p. 679.

[3]) Nella sua edizione del Digesto.

[4]) Prima nell'*Edictum*, p. 154 n. 2, poi nella *Palingenesia*, II, col. 522, Ulp. n. 610.

compilatori giustinianei; ciò pure fu riconosciuto da parecchi autori, come, per esempio, dall'Alibrandi nel suo mirabile studio sul *Concorso delle azioni* [1]), dall'Eisele [2]) e dal Karlowa [3]). Dire quale dei due testi si avvicini di più all'originale non è facile; ma io penso che nessun romanista vorrà oggi ritenere possibile che Ulpiano abbia mai potuto scrivere: *Numquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit*; poichè ciò non solo significherebbe che le azioni penali *de eadem re* non si consumano tra loro, ma che neppure le altre si consumano. Non è questo il luogo adatto a trattare la controversa questione del concorso delle azioni penali; ma qualunque possa essere la nostra opinione, qualunque fosse quella di Ulpiano, a me par certo che il giureconsulto romano non avrebbe mai detto neppure che le azioni penali *de eadem re* non si consumano l'una l'altra. Di fronte ad una regola di diritto che era formulata *bis de eadem re ne sit actio* (Quintilianus, *Inst. Orat.* VII, 6, 4; *Declam.* 226) [4]); di fronte all'editto che portava l'eccezione *rei iudicatae vel in iudicium deductae*, per cui la ricerca giurisprudenziale era tutta diretta a riconoscere l'esistenza della medesima *res* nel nuovo giudizio [5]), ben si può dire che la questione della consunzione delle azioni concorrenti si riduceva all'altra se esse erano o no *de eadem re*. Se pertanto in alcuni casi si negava la consunzione di un'azione penale in seguito all'esercizio di un'altra, era perchè si consideravano *de alia re*, quantunque fossero fondate sopra un medesimo fatto, mentre in altri casi la consunzione si ammetteva, certamente perchè si trattava *de eadem re*.

Le modificazioni profonde portate dai compilatori giustinianei al

[1]) *Giornale di giurisprudenza teorico-pratico*, 1870, p. 520 sg., ristampato nella raccolta *Opere giuridiche e storiche*, 1896, I. p. 200 sg.

[2]) *Archiv für die civilistische Praxis*, LXXIX, p. 379 sg., 395 sg.

[3]) *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 993 sg.

[4]) Cf. pure Iulius Victor, *Ars rhetorica*, cap. III § 10, cap. IV § 8 (ed. Orelli, Cicer. vol. 5. 1, pp. 205. 215).

[5]) Gai. IV, 98. 106. 107. 108; l. 5 de exc. r. iud. 44. 2 (Ulp. lib. 74 ad ed.); lib. 43 § 1 de R. I. 50, 17 (Ulp. lib. 28 ad ed.); l. 15 § 46 de iniur. 47, 10 (Ulp. lib. 77 ad ed., che cita Labeone); l. 7 pr. de exc. r. iud. 44, 2 (Ulp. lib. 75 ad ed.); l. 11 § 4 eod. (Ulp. lib. 75 ad ed.); l. 27 eod. (Neratius, lib. 7 membran.) ecc.; e, d'altra parte, in contrapposto ad *eadem res* si aveva *alia res*, l. 14 pr. de exc. rei iud. 44, 2 (Paul. lib. 70 ad ed.); l. 18 eod. (Ulp. lib. 80 ad ed.); l. 21 § 3 eod. (Pomp. lib. 31 ad Sab.); l. 22 eod. (Paul. lib. 31 ad ed.); lib. 25 § 2 eod. (Iulian. lib. 51 ad ed.) ecc.

diritto anteriore, e per conseguenza ai frammenti degli antichi giureconsulti, rendono malagevole il seguire punto per punto questi concetti nelle leggi del Digesto; ma non sì che non si possa scorgere l'antico principio del diritto classico.

Io non oserei affermare coll'Eisele che la l. 60 de O. et A. 44, 7 ci ha conservato il testo genuino di Ulpiano; ma credo che non si possa ammettere come genuino il testo della l. 130 da R. I. 50, 17 e del passo parallelo delle Istituzioni. Se dunque noi rendiamo ai compilatori ciò che è dei compilatori, non possiamo più parlare di evidente errore di copista nella l. 60 de O. et A. 44, 7 e non ci è lecito addurre tale esempio a conforto dell'ipotesi messa innanzi per la l. 16 de cond. c. d. 12, 4.

Del resto deve a questo proposito aggiungersi un'altra osservazione. Nella l. 130 de R. I. 50, 17 e l 60 de O. et A. 44, 7 non si trovano già le parole *rem* e *pecuniam*, che si suppongono scambiate nella l. 16 de cond. c. d. 12, 4; ma *re* e *pecunia*, sicchè l'errore grafico sarebbe stato alquanto diverso. Infatti mentre *rem* si abbrevia *R.*, la parola *re* si scrive normalmente *RE*, e si abbrevia in *R.* soltanto in frasi solenni come *d. e. r.* = *de ea re* nelle leggi e nei plebisciti [1]), e in editti e formule di azioni e simili [2]). Perciò nel manoscritto di Ulpiano avrebbe dovuto trovarsi *RE*, che non può confondersi con l'abbreviazione di *pecunia* che non è mai *PE*.

Conchiudo che il supposto scambio di sigla di *rem* con quella di *pecuniam*, che nella l. 16 de cond. c. d. 12, 4 avrebbe dovuto ripetersi ben tre volte, anche sotto l'aspetto grafico è privo di ogni probabilità.

VIII. — Il chiarissimo prof. Appleton, al quale io brevemente aveva comunicate per lettera le precedenti osservazioni, in una sua molto cortese risposta ammetteva che troppo gravi difficoltà paleografiche si opponevano all'ipotesi del Krüger; ma ne proponeva un'altra, dopo essersi dichiarato propenso a seguire il collega prof. Perozzi nell'opinione, da questo comunicatagli, che tutta la fine della

[1]) PROBUS § 3, 19, 23 (MOMMSEN, *Gramm. lat.* IV, p. 273, dà per errore i numeri 20, 24).

[2]) Cfr. *q. d. r.* = *qua de re*, *Notae Vaticanae* (op. cit. IV, p. 312), *Papianae et Einsidlenses* (pp. 326, 327), PETRUS (p. 345); *d. q. r.* = *de qua re*, *Notae Vaticanae* (p. 306), *Papianae et Einsidlenses* (p. 318); *R. P.* = *re publica*, *Notae Vaticanae* (p. 313); *R. U.* = *re uxoria*, *Notae lindenbrogianae* (p. 299).

l. 16 fosse opera dei compilatori giustinianei. Così lo sbaglio di trascrizione sarebbe veramente accaduto una volta, la prima; i compilatori in tal modo tratti in inganno avrebbero poi sviluppata la falsa ipotesi E lo sbaglio sarebbe stato cagionato dal fatto che la parola *rem* scritta con un *R* molto somigliante ad un *P*, ma senza abbreviatura, nel vecchio manoscritto di Celso, forse perchè scritta in fine di una linea, era guasta in modo che non si vedeva altro che la prima curva dell'unciale ϽΠ somigliante a un Ϲ. L'amanuense lesse allora e trascrisse *pec(uniam)*.

Il risultato sarebbe dunque lo stesso, ottenuto per via diversa.

Quando io avrò dimostrato che il giungere a tale risultato è del tutto inutile per la retta interpretazione del testo, tutte queste costruzioni più o meno fantastiche cadranno, perchè prive di fondamento. Ma a quest'ultima ipotesi, indipendentemente da ciò, osta la non grande probabilità del doppio guasto della parola *rem*, e la impossibilità, di cui darò fra breve la prova, di attribuire ai compilatori tutto l'ulteriore svolgimento contenuto nel testo.

Conchiudo che la parola *pecuniam* deve ritenersi perfettamente genuina.

IX. — Nè altri errori di scrittura si possono con fondamento riconoscere nella l. 16 cit.

Confesso che per un momento, mentre io era sotto l'impressione della forte argomentazione del prof. Appleton, ho pensato a modificare in *Maevio* il *mihi*, che due volte si legge nel frammento, supponendo il *Maevio* abbreviato *m̄* confuso con *mihi* abbreviato *m̄* o *m̃*. Qui veramente lo scambio delle sigle aveva qualche probabilità maggiore[1]; e se colui, che doveva ricevere Stico, era il terzo Mevio, si spiegava ottimamente la frase successiva *quia hominem accipientis non feceris*. Il dubbio di Celso sarebbe stato questo: vi è scambio di danaro con cosa; ma la cosa deve darsi non al compratore, bensì ad un terzo da lui designato: potrà dirsi questo negozio un contratto sul tipo della compra-vendita, o si tratta solo di una dazione per una causa? Il dare a Mevio, non equivale a dare a me, sì ch'io dia a Mevio? E non aveva Celso nel libro quinto dei suoi Digesti[2]) am-

[1]) Vedi per le citate abbreviazioni l'*Index* dello STUDEMUND nell'Apografo di Gaio, pp. 277. 287.

[2]) L. 3 § 12 de don. i. v. et u. 24, 1.

messo *nec novum aut mirum esse quod per alium accipias te accipere*, sdoppiando logicamente un atto unico? Non poteva dunque affacciarsi alla sua mente almeno il dubbio che qui si trattasse di compra-vendita?

Ma dopo aver combattuto le fantasie altrui, debbo ripudiare anche la mia. Ammessa l'ipotesi della dazione ad un terzo, Celso avrebbe dovuto formularla chiaramente, dimostrando in che consisteva il rapporto tra me e il terzo, e nel ragionare non avrebbe dovuto tanto insistere solo sul rigoroso significato della prestazione consistente nel *dare Stichum*. Mevio deve dunque andare a tener compagnia a Panfilo nel regno delle ombre.

X. — Una frase, che ha più volte suscitato difficoltà è *utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est*; perchè alcuni interpreti hanno tradotto *pro portione* come se significasse *pro parte*, nel senso che Celso dubitasse che in quel genere di contratto vi fosse una parte di compra-vendita. Ma lo Schlossmann [1]) ha rettamente rilevato che deve leggersi *proportione* in una sola parola, col significato *in analogia*, o, come io proporrei, *sul tipo* della compravendita. L'osservazione è tutt'altro che nuova, poichè, come ha notato l'Appleton, essa si trova già nelle note di Dionisio Gothofredo *ad h. l*: «... an idem quod emptio aut emptionis species? quod magis censeo: nam proportione (sic lego coniunctim) contractus emptionis et venditionis est, qui alterutrius species est».

La forma e il significato sono perfettamente giustificati, sicchè non v'è ragione alcuna di dubitarne.

La parola *proportio* era usata dai grammatici per tradurre l'ἀναλογία dei greci: così Varrone *de lingua latina* 10, 1: «Dicam de quatuor rebus, quae continentur declinationibus verborum, quid sit simile ac dissimile, quid ratio quam appellant λόγον, quid *proportio* quod dicunt ἀνάλογον, quid consuetudo...» ecc., e più tardi Aulo Gellio *Noctes atticae* II, 25: «... Ἀναλογία est similium similis declinatio, quam quidam latine *proportionem* vocant» e XV, 9, 4: «cum et ratio *proportionis*, quae analogia appellatur, et veterum auctoritates non *hanc*, sed *hunc frontem* debere dici suadeant». Cicerone l'adoperava similmente per tradurre scientificamente ἀναλογία:

[1]) Op. cit. p. 190, n. 1. Cf. APPLETON, XXX, p. 741, n. 2.

Timaeus, de univ. 4: « Sed vinculorum id est aptissimum atque pulcherrimum quod ex se atque de iis, quae astringit, quàm maxime unum efficit. Id optime adsequitur, quae graece ἀναλογία, latine - audendum est enim, quoniam haec primum a nobis novantur - comparatio *proportiove* dici potest. 5. Quando enim trium vel numerorum vel figurarum vel quorumcumque generum contingit, ut, quod medium sit, ut ei primum *proportione*, ita id postremo comparetur... Sed quum soliditas mundo quaereretur, solidà autem omnia uno medio numquam, duobus semper copulentur, ita contigit ut inter ignem et terram aquam deus animamque poneret eaque inter se compararet et *proportione* coniungeret, ut quem ad modum ignis animae, sic anima aquae, quodque anima aquae, id aqua terrae *proportione* redderet », e poscia in senso matematico: « 7... eius autem particulae intervallo relicto habebat numerus ad numerum eamdem *proportionem* comparationemque in extremis, quam habent CCLVI cum CCXLIII... ». Ma forse anche più chiara è la definizione, che, in applicazione, è vero, alle forme grammaticali, ma sì da potersi facilmente trasferire ad altri concetti, si legge in Quintiliano *Inst. Orat.* 1, 6, 3. 4: « Consuetudo vero certissima loquendi magistra, utendumque plane sermone ut nummo, cui publica forma est. Omnia tamen haec exigunt acre iudicium, in analogia praecipue, quam proxime ex graeco transferentes in latinum *proportionem* vocaverunt. *Eius haec vis est, ut id, quod dubium est, ad aliquid simile, de quo non quaeritur, referat et incerta certis probet* ». È questo precisamente il concetto di Celso, quando si domandava se il negozio d'incerta natura poteva riconoscersi come contratto, sul tipo del noto contratto di compra-vendita. Il linguaggio dei grammatici, dei retori e dei filosofi non era ignoto ai giureconsulti. In Festo v. *Penatis* [1]) troviamo addirittura che uno dei più insigni giuristi, Antistio Labeone, usa la parola *proportio* nel senso dei grammatici: « Penatis singulariter Labeo Antistius posse dici putat, quia pluraliter Penates dicantur, cum patiatur *proportio* etiam Penas dici, ut optimas, primas, Antias ». Nulla di più naturale dunque che un uomo colto, un proculeiano come Celso, usasse la forma *proportione* nel senso del greco ἀναλογίᾳ, in un caso in cui essa era appropriatissima.

[1]) Ed. MÜLLER, p. 253. Per gli studi grammaticali di Labeone cf. GELLIUS, *N. A.* 13, 10, 1.

XI. — Ma se così ci siamo assicurati che il testo della Fiorentina riproduce esattamente il testo giustinianeo, e che nelle Pandette il frammento di Celso non subì alterazioni per errori di amanuensi, eccetto che nell'intestazione [1]), dobbiamo ora esaminare fino a qual punto il passo ha potuto subire alterazioni per opera dei compilatori tribonianei.

Qualche interpolazione è innegabile.

Le proposte fatte in questi ultimi tempi sono le seguenti.

Il Voigt [2]) attribuisce a Triboniano il *tradidisse* invece di *mancipio dedisse*.

Il Lenel [3]) crede che Celso abbia scritto *mancipasse*, invece di *tradidisse* e *et mancipare eum non vis* invece di *et pro evictione eius promittere non vis*.

Il Pernice una volta [4]) credeva che *pro evictione eius promittere* fosse stato sostituito ad un originario *mancipio eum dare*, ma poi [5]) accettando una congettura del Gradenwitz, dichiarò di ritenere che la forma genuina fosse *satisdare secundum mancipium*.

Lo Schlossmann [6]) vorrebbe nel testo originario leggere « ut mihi Stichum *mancipio* dares »; e nell'ultima parte: « finge alienum esse Stichum, sed te eum *tantum* tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem non *mancipaveris*: et rursus, si tuus est Stichus et *mancipare* eum non vis, non liberaveris, *ut non prohibear* quominus a te pecuniam *repetere possim* ».

L'Appleton [7]) dopo aver combattuto, sempre partendo dal suo concetto fondamentale, le ipotesi precedenti e soprattutto, seguendo l'Erman [8]), quella dello Schlossmann, conchiudeva che solo una in-

[1]) Chi percorra nella *Palingenesia* del LENEL la serie dei frammenti di Celso, resterà maravigliato del gran numero di errori, che con qualche probabilità si notano nell'indicazione dei libri, tanto nelle iscrizioni delle leggi delle Pandette, quanto nelle citazioni fatte da altri giureconsulti. Forse vi fu qualche speciale ragione di ciò.

[2]) *Ueber die condictiones ob causam* (Leipzig 1862), p. 682.

[3]) *Palingenesia* I, col. 140, Celsus, n. 73.

[4]) *Labeo* III (Halle 1892), p. 303 n. 3.

[5]) *Labeo* II, parte 1ª (2ª ediz. Halle 1895), p. 295 n. 1.

[6]) Op. cit. p. 189.

[7]) Op. cit. XXX, pp. 759 sgg., 770.

[8]) Recensione dell'articolo dello SCHLOSSMANN in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abth. XXV, pp. 465 sgg. 467. 468.

terpolazione, *tradidisse* in luogo di *mancipasse*, fosse da riconoscersi. Ma nella privata comunicazione epistolare da lui fattami e da me più sopra menzionata, egli si mostra ora disposto ad accettare il suggerimento del Perozzi, che crede opera dei compilatori tutta l'ultima parte del frammento da *Finge* in poi.

XII. — Io incomincerò con la confutazione di quest' ultima ipotesi.

Come vedremo più oltre, quando tratteremo della sostanza del passo in questione, le difficoltà maggiori d' interpretazione non si riferiscono a Celso, ma precisamente alla legislazione giustinianea; perchè tutto lo svolgimento dei concetti apparisce in contraddizione coi principii accettati da Giustiniano in materia di permutazione e di contratti innominati in generale. È dunque già per questo poco verosimile che i compilatori abbiano rifatto o addirittura creato di sana pianta gran parte del testo.

Ma se pur ci fermiamo alla forma esteriore del frammento, dobbiamo constatare che nulla ci autorizza ad attribuirlo ai compilatori (salvo qualche parola interpolata).

L'Appleton riassume così le ragioni di dubitare: 1° ripetizioni superflue di decisioni (*repetere potero*, *repetere possim*) e di motivi (*quod ideo... quia h. accipientis non feceris*); 2° ipotesi ingiustificabile: *rursus si tuus est Stichus*; perchè che cosa importa che Stico sia tuo o altrui relativamente all'obbligo di promettere la garanzia per l'evizione? 3° infine molti *finge* sono interpolati: D. 6, 1, 38 (Celsus); 13, 7, 8; 20, 4, 20.

Queste osservazioni non costituiscono una valida prova.

Tutto l'andamento del testo, molto circostanziato e con varie particolari ipotesi, non è punto alieno dallo stile di Celso. Veggasi, per esempio, la l. 3 § 7 de cond. c. d 12, 4 e la l. 26 § 1. 2. 3 de cond. indeb. 12, 6, in cui Ulpiano riferisce le argomentazioni di Celso: vi si ritrovano le ipotesi, le circostanze varie, le insistenti ripetizioni. Veggansi per bene intendere il concetto in generale dello stile di Celso l. 12 (2, 15), l. 3 § 1 (4, 4), l. 17 § 7, l. 23 (4, 8), l. 38 (6, 1), l. 6 (8, 6), l. 5 pr. (10, 4), l. 42 (12, 1), l. 3 § 7. 8 (12, 4), l. 47 (12, 6), l. 58 pr. § 1 (17, 2), l. 13 § 16. 17 (19, 1), l. 60 § 6. 7 (28, 5), l. 1 (34, 7) ecc.

L' ipotesi *rursus si tuus est Stichus* non è punto ingiustificabile, ma anzi ragionevolissima. Si trattava di determinare il pieno conte-

nuto del *dare*: il giureconsulto, dopo aver detto che la mancipazione avvenuta non libera, se lo schiavo mancipato non appartiene al mancipante, soggiunge che non libera neppure se ad esso appartiene, ove non si presti anche garanzia per l'evizione. Vedremo poi come ciò sostanzialmente sia giustificato; basta qui notare che la nuova ipotesi è ragionevole e necessaria.

Si avverta che la parola *rursus* estranea al vocabolario giustinianeo [1]), appartiene al linguaggio di Celso, appunto in simile applicazione: conf. l. 18 § 3. 4 de adq. vel am. poss. 41, 2: «Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero. *Rursus* si cum magna vi ingressus est exercitus, eam tantummodo partem quam intraverit optinet» [2]).

Resta il *Finge*.

Io credo che l'ottimo e ardito collega Perozzi sia stato indotto a ritenerlo come indizio d'interpolazione dal fatto ch'esso si riscontra nella l. 38 de R. V. 6, 1. Questa è certamente interpolata; ma molto difficile è determinare i limiti della modificazione e aggiunta in essa fatta dai compilatori [3]). A me ora non importa approfondire questo punto, perchè mi basta il notare, che nella l. 38 il *finge* si trova ben tre volte, e che, se pure si voglia ritenere interpolata l'ultima parte del frammento, rimangon sempre due *finge*, che debbono attribuirsi a Celso: il terzo sarebbe anzi una imitazione tribonianea dei primi.

Io non so che cosa possa autorizzarci a ritenere interpolato il *finge* nella l. 8 pr. de pign. act. 13, 7 di Pomponio e nella l. 20 qui pot. in pign. 20, 4 di Trifonino, seppure qualche altra parola voglia in esse considerarsi insiticia. Mi pare anzi che questi frammenti ci porgano esempi dell'uso classico del *finge*.

[1]) Cfr. LONGO, *Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano* (*Bull. dell'Ist. di D. R.*, X, 1897-98, p. 475); MARCHI, *Le interpolazioni risultanti dal confronto tra il Gregoriano, l'Ermogeniano, il Teodosiano, le Novelle Postteodosiane e il Codice Giustinianeo* (*Bull. dell'Ist. di D. R.*, XVIII, 1906, p. 91).

[2]) Cfr. gli esempi certamente genuini di Gaio 2, 232. 254; 3, 100. 141. 201.

[3]) Vedi EISELE, *Compensation*, p. 84; PAMPALONI (e RICCOBONO), *Archivio giuridico*, LV, p. 506; PERNICE, *Labeo* II, 1 (2ª ediz.), p. 66 n. 1, p. 294 n. 1; BONFANTE, *Istituzioni* (4ª ediz. 1907), p. 265 n. 1. — Contra KALB, *Jagd nach Interpolationen*, p. 18. — Per l'interpolazione ristretta ERMAN, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XXV, Rom. Abth., p. 352 sgg., e con lui GIRARD, *Manuel*, 4ª ed. 1906, p. 342 not., il quale prima seguiva il Pernice.

Questa parola non s'incontra mai nel latino dei testi giustinianei [1]), mentre si trova in parecchi passi dei giureconsulti, come per es., in Pomponio l. 8 pr. de pign. act. 13, 7 testè citata, l. 18 ratam rem 46, 8; in Marcello l. 57 sol. matr. 24, 3; l. 68 de sol. 46, 3; l. 72 § 3 eod.; in Papiniano l. 54 mand. 17, 1 [2]); in Trifonino l. 20 qui pot. 20, 4; l. 7 de coniung. cum emanc. 37, 8; l. 63 § 3 de A. R. D. 41, 1; in Ulpiano l. 3 § 6 de minor. 4, 4 [3]): l. 23 § 4 ex quib. caus. mai. 4, 6; l. 3 § 1 de recept. arb. 4, 8; l. 18 § 1 de iud. 5, 1; l. 13 § 4 de H. P. 5, 3; l. 17 pr. de usufr. 7, 1; l. 1 § 5 de exerc. 14, 1; l. 7 pr. de tribut. 14, 4; l. 52 § 10 pro socio 17, 2; l. 4 de pact. dot. 23, 4; l. 32 § 5 de don. int. v. et u. 24, 1; l. 30 § 3. 7 de A. v. O. H. 29, 2; l. 13 § 3 ad SC. Treb. 36, 1; l. 14 § 2 quando dies leg. 36, 2; l. 3 § 5 de Carb. ed. 37, 10; l. 2 § 7 de suis et leg. 38, 16; l. 12 § 6 qui et a quibus 40. 9 [4]); l. 21 (23) § 1 ad L. Iul. de adult. 48, 5 ecc.

Più raro è *fingamus*, che si legge anche in un testo di Celso, l. 26 de novat. 46, 2; in Marcello l. 27 de pign. 20, 1; l. 5 quis ordo 38, 15; l. 72 § 4 de sol. 46, 3; in Ulpiano l. 6 de his qui sui 1, 6; l. 32 § 1 de evict. 21, 2; l 8 de accept 46, 4 ecc. Qualcuno di questi testi può essere sospetto d'interpolazione, come l. 5 quis ordo 38, 15 e forse la l. 26 de nov. 46, 2, ma in nessuno la mano dei compilatori si può sicuramente riconoscere. E se *fingamus* fosse interpolato, ciò starebbe piuttosto a dimostrare che non lo è il *finge*.

Certamente dunque la parola *finge* della nostra l. 16 de cond. c. d. 12, 4, lungi dall'essere un indizio d'interpolazione, costituisce piuttosto una prova della genuinità del frammento.

XIII. — Delle altre interpolazioni, io sarei propenso a riconoscere quella della parola *tradidisse* sostituita a *mancipasse* o a *mancipio dedisse*; poichè certamente, essendo lo schiavo una *res mancipi*, il *dare* doveva consistere nella mancipazione. Qualche dubbio ho circa

[1]) Vedi Longo, *Vocabolario* cit. p. 196; Marchi, op. cit. p. 44.

[2]) Vedi su questa legge Costa, *Papiniano*, II, p. 89, ma confronta Solazzi, *Bull. dell'Ist. di D. R.*, XVIII, p. 236 sgg.

[3]) Questo passo sembrò sospetto d'interpolazione allo Eisele, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, XIII, Rom. Abth., p. 134; ma la forma *finge enim* è propria di Ulpiano, come risulta dagli altri frammenti citati. — Avverto qui che io, nel riferire questi esempi, non intendo negare che i testi citati possano in altri punti essere interpolati.

[4]) Qui potrebbe il *finge* risalire ad Africano che è citato da Ulpiano.

la frase *quia hominem accipientis non feceris*, in cui forse può essere stata fatta una modificazione relativa alla precedente menzione della mancipazione mutata in tradizione. In fine poi, se proprio non si voglia conservare il *pro evictione eius promittere* [1]), ammetterei piuttosto col Gradenwitz e col Pernice un originario *satisdare secundum mancipium*, specialmente pel confronto della l. 131 § 1 de V. O. 45, 1 e l. 27 de sol. 46, 3.

Le diverse proposte fatte dallo Schlossmann a me sembrano con ragione combattute dallo Erman nella sua recensione [2]).

Il riconoscimento di siffatte interpolazioni non altera il significato generale del testo; poichè si tratta solo di mutamenti divenuti necessari per l'abolizione della mancipazione. I concetti fondamentali restano gli stessi.

XIV. — Passiamo adunque all'esame intrinseco del testo di Celso.

Chiunque non sia animato da preconcetti deve riconoscere che il pensiero di Celso è tutto concentrato sul rigoroso significato di *dare*: ciò prova la frase: «quod ideo tibi dedi ut mihi Stichum *dares*», ciò provano le due ipotesi susseguenti, che tendono a meglio determinare il contenuto del *dare*.

Nulla dunque di più naturale che il ritenere, che la questione proposta aveva per principale oggetto la prestazione di *dare Stichum*.

D'altra parte conviene anche ammettere che la questione non era delle più semplici, nè delle più consuete; poichè un giureconsulto di spirito così preciso e tagliente, com'era Celso, avvezzo ad usar parole non solo molto risolute, ma addirittura insolenti verso chi la pensava diversamente da lui [3]), usa qui la frase molto remissiva *in quod proclivior sum*. Come credere che si trattasse della famosa questione, che aveva occupati i giuristi da quasi un secolo (Sabino e Cassio, Nerva e Proculo: l. 1 § 1 de C. E. 18, 1) ed era diventata una controversia di scuola (Gai. 3, 141), se la permuta si potesse ricondurre sotto il tipo della vendita? Senza ricordare alcuno

[1]) Cfr. ERMAN, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* XXV, p. 469: f.; APPLETON, XXX, p. 777.

[2]) Op. cit. p. 465 sgg.

[3]) Vedi le espressioni da lui usate in l. 9 § 1 de neg. gest. 3, 5; l. 27 qui test. 28, 1; l. 60 § 1 de H. I. 28, 5; l. 18 § 1 de a. v. a. poss. 41, 2; l. 27 pr. de usurp. 41, 3; l. 91 § 3 de V. O. 45, 1; l. 68 § 2 de furt. 47, 2.

scrittore precedente, senza far menzione della celebre disputa, Celso riferendosi ad una decisione oramai da lungo tempo e fermamente sostenuta dalla sua scuola, avrebbe scritto *in quod proclivior sum*? Ciò è addirittura impossibile.

Che cosa dunque poteva rendere tanto esitante il giureconsulto proculeiano, sì da spingerlo quasi ad ammettere un contratto sul tipo della compra-vendita? Certamente la pecunia, che era oggetto di una delle prestazioni. Senza di questa, egli non avrebbe dubitato un momento.

Ma che cosa lo induceva a respingere l'ipotesi della compra e ad ammettere soltanto una *datio ob rem*? Di null'altro egli fa menzione, che della controprestazione consistente nel *dare Stichum*. Questa dunque si opponeva (sebbene non ogni dubbio fosse assurdo) all'esistenza della compra-vendita.

E che significava *dare Stichum*? Celso lo dice espressamente: significava farlo passare in proprietà dell'accipiente con le forme richieste dal diritto (*mancipatio*, al tempo del giureconsulto), coi presupposti necessari (Stico deve appartenere a colui che dà), con le garanzie tutte (*pro evictione promittere*, o *satisdare secundum mancipium*).

XV. — Questo significato di *dare* in senso proprio e tecnico, di fronte ad uno più generico che non importa il passaggio della proprietà, è comunemente ammesso dai romanisti.

Lo Schlossmann tuttavia ha voluto disconoscerlo; ma con argomenti che non reggono. Egli nega la forza probante di tre testi, che si sogliono addurre dagli scrittori: Gai. 4, 4 (e simile § 14 Inst. de act 4, 6); l. 75 § 10 de V. O. 45, 1 (Ulp.); l. 167 pr. de R I 50, 17 (Paul.). Ma basta leggere la sua dimostrazione per convincersi che realmente i giureconsulti romani hanno nello stretto obbligo di *dare* riconosciuto l'obbligo non solo di compiere gli atti necessari al trapasso della proprietà, ma di fare effettivamente acquistare la proprietà e di garantirla: obbligo che non fu invece imposto al venditore.

Gaius 4, 4: « non posse nos rem nostram ab alio ita petere: *Si paret eum dare oportere*; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita

datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest ».

Iust. Inst. 4, 6 § 14 (Riproduzione del testo Gaiano, con le consuete modificazioni per togliere il *nos* a fine di non far figurare nella regola l'imperatore autore del nuovo testo).

Le Istituzioni giustinianee valgono ad assicurare la lettura di Gaio in qualche parte incerta.

Non giova, di fronte a questa esplicita dichiarazione, dire con lo Schlossmann che *l'ita... ut* indica solo lo scopo, l'intenzione della parte: Gaio nota espressamente che l'impedimento è obiettivo *nec res quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest.* Rettamente dunque nella *Parafrasi greca* delle Istituzioni si dichiara δοῦναι γάρ ἐστι τὸ ποιῆσαι δεσπότην « dare enim est facere dominum ».

Nè è vero ciò che soggiunge lo Schlossmann, che la cagione, per cui non si può *condicere* la cosa propria, è la stessa per cui non vale la compra della cosa propria: sicchè non vi può essere sostanziale diversità tra il *dare* nei due casi. Gaio dichiara nel passo citato qual sia la causa, che impedisce la *condictio* della cosa propria; mentre fra i testi ricordati [1]) a dimostrazione della nullità della compra, tre dimostrano che la causa è diversa, cioè il precedente diritto di possedere, il quale rende nullo il contratto di buona fede costituito appunto per ottenere la cosa. Così la l. 45 de R. I. 50, 17: « Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest », dove non si può certo parlare di proprietà da acquistare in caso di pegno, deposito, precario e locazione. Così l. 34 § 4 de C. E. 18, 1: « Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset », dove è evidente che la nullità dipende dal diritto di possedere, che rende inutile e non conforme alla buona fede un mezzo contrattuale di acquistare il possesso L. 4 Cod. de C. E. 4, 38: « Cum res tibi donatas ab herede donatricis distractas esse proponas, intellegere debueras duplicari tibi titulum possessionis non potuisse », dove esplicitamente si parla del titolo del possesso.

[1]) L. 16 pr., l. 18 pr., l. 34 § 4 de C. E. 18, 1; l. 45 pr. de R. I. 50, 17; c. 4. 10 de C. E. 4, 38.

Il passo di Gaio è dunque buona prova della comune opinione. Ma anche gli altri.

L. 75 § 10 de V. O. 45, 1 (Ulp. l. XXII ad ed.): « Haec stipulatio: "fundum Tusculanum dari"? ostendit se certi esse, continetque ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo ».

L. 167 pr. de R. I 50, 17 (Paul. l. XLIX ad ed.): « Non videntur data, quae eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt ».

Il primo testo esplicitamente si riferisce al *dare* oggetto di stipulazione. Seguendo un'indicazione del Lenel [1]), lo Schlossmann vi riferisce anche il secondo, e con lungo e sottile ragionamento cerca di dimostrare che la stipulazione di dare, a differenza della compra, tende al trapasso della proprietà *immediato*, solo per meglio garantire lo stipulante in forza del principio Jheringiano della concentrazione del negozio giuridico. Forse i giureconsulti romani troverebbero qualche difficoltà ad intendere l'elegante capitolo dell'insigne professore di Kiel, e penserebbero che, anche senza ricorrere alla concentrazione dello Jhering, non è strano che un diritto pratico abbia regolato il mezzo di procurarsi la proprietà per chi ne aveva bisogno. Ma, checchè sia di ciò, lo Schlossmann cercando la causa per cui *dare* acquistò il suo stretto significato tecnico, non può negare il fatto che a tale risultato il diritto romano pervenne. E questo fatto è quello che a noi preme di constatare.

La l. 75 § 10 de V. O. 45, 1 non può essere stata scritta da Ulpiano con quelle parole *omnimodo* e *quoquo modo*; nè a queste ultime parole può ritenersi, con lo Schlossmann, debba sostituirsi *continuo*. I compilatori avrebbero lasciato il *continuo*, se ve l'avessero trovato; hanno invece dovuto necessariamente mutare la menzione degli antichi modi solenni di trapasso della proprietà: forse Ulpiano menzionava la *mancipatio* e la *in iure cessio*. Ma ciò poco importa: il testo certamente significa che la promessa di dare obbliga a render proprietario lo stipulatore.

[1]) LENEL. *Palingenesia* I, col. 1058; Paulus n. 631 n. 1. « Videntur haec pertinere ad stipulationem "aquam dari". Cfr. (45, 1) 136 § 1, (8, 1) 11; cfr. etiam (8, 4) 18 »

Lo stesso concetto si ritrova nella l. 167 pr. de R. I. 50, 17. E del resto lo si potrebbe desumere da moltissimi altri testi:

Gai. 3. 99: « ... quod alicuius est, id ei dari non potest ».

Cfr. Inst. Iust. 3, 19 de inut. stip. § 2 22; l. 1 § 10 de O. et A. 44, 7; l. 31 de V. O. 45, 1; l. 98 pr. eod.; l. 29 § 1 eod.; l. 82 pr. eod; l. 87 eod.; l. 128 eod.; l. 1 § 7 usufr. quemadm. cav. 7, 9 ecc.

L 4 pr. de usuris 22, 1 (Papinianus, *lib. XXVII quaestionum*) « Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi... quod ad superiora verba pertinet, sive factum rei promittendi *sive effectum* [*per traditionem*] *dominii transferendi* continent » ecc.

Gai. 2, 201. 202 204. 213, relativamente *al dare* nel legato *per damnationem*. Cfr. l. 18 de legat. 2 (31): Celsus *lib. XVII digestorum*) « Heredem meum ita tibi obligare possum, ut, si, quandoque ego moriar, tuus servus Stichus non erit, dare eum tibi damnas sit ».

XVI. — Ora se il *dare* aveva questo stretto tecnico significato, e se, come apparisce evidente da tutto il contesto del frammento, Celso questo significato aveva attribuito al *dare* nella frase *ut mihi Stichum dares*, a me sembra che bene a ragione egli potesse dubitare del carattere giuridico del negozio in questione. Io ti aveva dato danaro affinchè tu mi rendessi proprietario di Stico: vi era scambio di danaro e di cosa, onde poteva credersi si trattasse di compra-vendita; ma il trapasso della proprietà appariva *essenzialmente* voluto: era ciò conforme al tipo della compra-vendita? E se vendita non v'era, per Celso rimaneva solo la figura di una *datio ob rem* non generatrice di contratto.

XVII. — Resta dunque da vedere se veramente un giureconsulto come Celso potesse ragionevolmente trovare nella *necessità del trapasso del dominio* un elemento alieno dalla compra vendita.

Questo è il punto centrale dello studio dell'Appleton, il quale arriva addirittura a considerare come un assurdo, un'*impossibilità morale* [1]) che Celso abbia così ragionato.

[1]) Op. cit. XXX, p. 758.

Ma io credo che Celso abbia proprio così ragionato. Il punto non era chiarissimo: ricordiamoci del *proclivior sum*! ma forti e gravi argomenti militavano per la soluzione data dal giureconsulto.

L. 25 § 1 de C. E. 18, 1 (Ulpianus, *libro trigesimo quarto ad Sabinum*): « Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit ».

L. 30 § 1 de A. E. V. 19. 1 (Africanus, *libro octavo quaestionum*): «... quamvis... verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat ».

Il contratto consensuale di compra-vendita era determinato dal suo proprio contenuto; e soprattutto i Proculeiani, tra i quali Celso teneva un alto posto, notavano tra le caratteristiche di quel contratto che altro era il prezzo, altro la merce: l. 1 § 1 de C. E. 18, 1: « nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit »; il prezzo doveva esser *dato* nello stretto significato della parola, la merce no.

Quando Celio Sabino voleva difendere la teoria dei Sabiniani, dimostrando che anche nello scambio di cose si poteva distinguere la merce dal prezzo, notava che la cosa che fungeva da prezzo doveva esser *data*: Gai. 3, 141 i. f.: « Sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum,. . pretii nomine hominem forte *dederim*, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine *datum* esse, ut fundus acciperetur ».

E quando Paolo distingueva la vendita dalla permuta, dopo avere insistito sulla differenza tra prezzo e merce nella prima, osservava che una delle diversità era appunto nella necessaria dazione del prezzo e nella non necessaria trasmissione della proprietà della merce:

L. 1 pr. de rer. perm. 19, 4 (Paulus, *libro trigesimo secundo* [*tertio* Lenel] *ad edictum*): « Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit

ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis ».

Guardiamoci nel trattar simili questioni dal sostituire la nostra moderna coscienza giuridica a quella degli antichi. Per gli antichi la compra vendita consensuale non è un caso qualunque di convenzione obbligatoria; ma un contratto, che per il particolare suo contenuto poteva eccezionalmente obbligare in forza del consenso (l. 1 § 2 de rer. perm. 19, 4, l. 7 pr. § 1 de pactis 2, 14).

Celso dunque non merita tutte le invettive, che gli si scagliano addosso, se si mostra proclive a non riconoscere i caratteri essenziali della compra-vendita in un caso, in cui si dà danaro per ricevere in cambio la *dazione* di uno schiavo. Per ottenere ciò con effetto obbligatorio il mezzo giuridico era la stipulazione: se questa non si usava, vi poteva esser l'indiretta coazione della *condictio ob rem dati*; il ben definito contratto consensuale di compra-vendita non aveva quel contenuto.

XVIII. — Ma, si obbietta, vi è forse una vera incompatibilità tra l'obbligo di *dare* la cosa e la prestazione che il venditore assume per la vendita?

La questione è sottile, e la sottigliezza spiega perchè Celso si dicesse soltanto *proclivior*.

Il venditore è obbligato a fare avere la cosa al compratore in modo ch'egli ne abbia lo stabile godimento; non deve quindi rifiutarsi a trasmettere tutto il diritto che gli possa competere sulla cosa.

Indi è che Labeone non ammetteva che il venditore si riservasse per sempre il dominio della cosa venduta:

L. 80 § 3. de C. E. 18, 1 (Labeo, *libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*): « Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus ».

Indi, se il venditore era proprietario, la vendita doveva avere per conseguenza il passaggio della proprietà al compratore:

L. 11 § 2 de A. E. V. 19, 1 (Ulpianus, *libro trigesimo secundo ad edictum*): « Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere [1]; *quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum,* si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. *emptor autem nummos venditoris facere cogitur* ».

Ma ben si noti anche qui la differenza tra il *cogitur* detto del compratore e il modo come si parla della proprietà della cosa venduta.

La vendita importa alienazione della cosa e del diritto spettante al venditore sulla cosa:

L. 67 de C. E. 18, 1 (Pomponius, *libro trigensimo nono ad Quintum Mucium*): « Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet [praeter quam si aliquid nominatim sit constitutum].

Seneca, *de benef.* 5, 10, 1: « Venditio alienatio est rei suae iurisque in ea sui ad alium translatio ».

Perciò il venditore può essere obbligato a compiere tutti gli atti necessari alla trasmissione del diritto proprio, e, se si tratta di *res mancipi*, a manciparla.

Paulus, *Sent.* 1, 13 a, 4: « Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet ».

Paulus, *Sent.* 2, 17, 3: « Res empta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur ».

[1]) Qui Ulpiano deve aver fatto menzione anche dei mezzi solenni di trasmissione delle *res mancipi* (Cfr. Gai. 2. 204).

Gaius 4, 131 a: « Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: *ea res agatur de fundo mancipando* » etc. [1]).

Ma naturalmente la mancipazione fa acquistare al compratore la proprietà solo in quanto questa spetti al venditore. Altrimenti v'è solo la garanzia per l'evizione.

Questo carattere della vendita ci spiega, come in forza di essa la proprietà passi, purchè appartenga al venditore, anche se ciò ignori il compratore:

L. 9 § 4 de iuris et facti ignorantia 22, 6 (Paulus, *libro singulari de iuris et facti ignorantia*): « Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est quam in existimatione mentis: et ideo tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur ».

Esso ci spiega come il titolo *pro emptore* sia sufficiente per l'usucapione, purchè il compratore ritenga in buona fede proprietario il creditore, integrando così il titolo stesso:

L. 2 pr. § 1 pro emptore 41, 4 (Paulus, *libro quinquagesimo quarto ad edictum*): « ... denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse: at in emptione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur: igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse. § 1. Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat » [2]).

Esso ci spiega finalmente come la vendita si potesse considerare come causa di trasferimento di dominio:

[1]) Un argomento può trarsi anche da CICERONE, *Topica*, 26, 100: ... *fecique quod saepe liberales venditores* solent, ut quum aedes fundumve vendiderint rutis caesis receptis, concedant tamen aliquid emptori, quod ornandi causa apte et loco positum esse videatur: sic tibi nos ad id, *quod quasi mancipio dare debuimus*, ornamenta quaedam voluimus non debita accedere. — Frequenti sono i documenti di vendita seguita da mancipazione, BRUNS, *Fontes*, ed. 6ª p. 288 sgg.

[2]) Cfr. l. 2 § 13 pro empt. 41, 4; l. 10 pr., l. 48 de usurp. 41, 3; l. 7 § 16. 17 de publ. 6, 2.

L. 55 de O. et A. 44. 7 (Iavolenus, *libro duodecimo epistolarum*): « In omnibus rebus quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio ... [1]).

Ma tutto ciò non importa, anzi parecchie di queste regole escludono, che la vendita costituisca pel venditore una vera obbligazione di *dare*, sì che non possa in alcun modo dirsi soddisfatto l'obbligo del venditore senza la dazione, e sì che l'obbligazione sia nulla nel caso che la dazione sia obiettivamente impossibile.

Osserva tuttavia in contrario l'Appleton, che, se il trasferimento del dominio può essere un effetto della vendita, nulla vieta che per patto dei contraenti esso sia costituito effetto necessario, pur rimanendo nei limiti del contratto di compra-vendita.

Ma ciò appunto dovrebbe dimostrarsi, con argomenti più validi che non siano le semplici affermazioni.

L'Appleton [2]) porta questo paragone: per la l. 2 Cod. de inut. stip. 8, 38 (39) è nullo il patto che vieta il divorzio nelle nozze; ma se gli sposi per rafforzare il vincolo matrimoniale ve lo inseriscono, sarà nullo per questo il matrimonio? L'esempio poco vale: il matrimonio, che del resto non è vero contratto, sarà valido, ma il patto nullo, e i coniugi potranno sempre divorziare liberamente.

Così, nel caso nostro, si dovrebbe dire che il patto di *dare* la cosa venduta sarebbe nullo, e che il venditore non è tenuto a *dare*.

Ma se veramente tale *dazione* fu voluta in modo essenziale, se ad essa soprattutto fu diretta la volontà delle parti, non dovrà dirsi che questa volontà ha ecceduto i limiti normali della romana compra-vendita, e che perciò il contratto non può più essere consensuale? per attribuire efficacia obbligatoria a questa volontà sono necessari altri mezzi giuridici.

Questo pensò Celso, e non pensò cosa assurda, nel caso in cui la prestazione voluta era *dare Stichum*.

La vendita è contratto di buona fede e come tale può ammettere validi patti, anche nella determinazione delle prestazioni. Ben lo dice la l. 11 § 1 de A. E. V. 19, 1: « Et in primis sciendum est in hoc

[1]) Il testo è probabilmente interpolato; ma ciò poco ora a noi importa per l'uso che ne facciamo.

[2]) Op. cit. XXX, p. 747 sg.

iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est ».

Ma i patti debbono essere contenuti nei limiti essenziali del contratto Sarebbe forse valido il patto, per cui il prezzo non si dovesse *dare*?

Giuliano fece fare un notevole progresso, stabilendo la responsabilità del venditore, che avesse lasciato credere al compratore di essere proprietario, e lo avesse indotto così nel falso affidamento di potere acquistare il dominio. Ciò riferisce un celebre testo:

> L. 30 § 1 de A. E. V. 19, 1 (Africanus, *libro octavo quaestionum*): « Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat. teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit ».

Ci avviciniamo così all' obbligo di dare: ma è tuttavia notevole che il giureconsulto non dice che il venditore era obbligato a dare, e non concede azione al compratore per esigere direttamente l' esecuzione dell' obbligo; ma ammette solo un' azione d' indennità fondata sulla violazione della buona fede.

L' obbligazione del venditore dunque non poteva concepirsi come un' obbligazione di *dare* in senso tecnico.

Ciò risulta anche da un altro testo già più sopra ricordato, che spesso si trascura, ma che a me sembra molto importante:

> L. 4 de usuris 22, 1 (Papinianus, *libro vicesimo septimo quaestionum*): « Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. an idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum [per traditionem] dominii transferendi continent, partus non continetur: verum si emptor a venditore [novandi animo] ita stipulatus est, factum [tradendi] stipulatus intellegitur, quia

non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. sed tamen propter illa verba " vacuamque possessionem tradi " potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione: etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset. § 1. Si post contractam emptionem ante interpositam stipulationem partus editus aut aliquid per servum venditori adquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, iudicio empti consequitur: id enim quod non transfertur in causam novationis iure pristino peti potest ».

Questo passo di Papiniano ci dimostra come l'obbligazione di *dare* differisca tanto dall'obbligazione del venditore, che se, novando questa, si è usata la parola *dare*, non la si può intendere nel senso tecnico più stretto, ma la si deve interpretare in senso lato, riferendola all'atto del mancipare o del tradere, secondo la varia natura delle cose E il *dare* in senso stretto contiene più e meno dell'obbligo del venditore, poichè mentre esige l'effettivo passaggio del dominio, d'altra parte non si estende agli accessorii, che sono compresi nella prestazione del venditore.

Come si vede dunque, se nell'esempio *ut mihi Stichum dares* il *dares* doveva intendersi rigorosamente, Celso non errò dicendo che il tipo del negozio non rientrava in quello della vendita.

Io voglio in fine aggiungere ancora un'osservazione.

L'obbligazione di *dare* un uomo, che, creduto schiavo, sia veramente libero, è radicalmente nulla (Gai. 3, 97; Inst. § 2 de inut. stip. 3, 19; l. 1 § 4 de O. et A. 44, 7; l. 83 § 5 de V. O. 45, 1; l. 103 eod. — Ulpian. 24, 9. 11); invece la vendita dell'uomo libero, che dal compratore sia creduto schiavo, è valida (l. 4-6 de C. E. 18, 1; l. 34 § 2 eod.; l. 70 eod.; l. 4 quib. ad lib. procl. 40, 13; l. 19 § 1 de evict. 21, 2; l 39 § 3 eod ; l. 8 § 5 mand. 17, 1; l. 20 § 4, l 21 pr. de lib. caus. 40, 12; l. 2 Cod. de adsert. toll. 7, 17; l. 25 Cod. de evict 8, 44; l. 18 eod.; l. 8 Cod. de sent. 7. 45; § 5 Inst. de empt. 3, 23). Ciò dimostra quanto sia grande, sott'altro aspetto, la differenza tra l'obbligo di *dare* e l'obbligo del venditore. Nell'esempio di Celso, se Stico fosse stato libero, ammessa l'interpretazione rigorosa dell'*ut Stichum dares*, il negozio era nullo *ab initio*; interpretato invece be-

nignamente il *dares* in modo da assimilarlo all' obbligo del venditore, senza estenderlo al rigoroso *dare*, la vendita sarebbe stata valida.

Il *dare* in senso rigoroso non conveniva al carattere essenziale della vendita: ciò ha ritenuto Celso. Data la sua ipotesi, il testo non ha bisogno di ulteriore interpretazione, almeno per quanto si riferisce al diritto del tempo del classico giureconsulto.

Solo un punto secondario può richiedere ancora una parola.

L'Appleton [1]) osserva che se, come è necessario, alla parola *tradidisse* del testo giustinianeo, si sostituisce l'originario *mancipasse*, l'inciso « *Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum* mancipasse; *repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris* » non ha senso, dal momento che io *dedi tibi pecuniam*; perchè la *mancipatio* produce l'*actio auctoritatis* diretta al doppio del prezzo, sicchè io avrei non la *condictio* del simplum, ma l'azione pel duplum.

L'Appleton stesso vede una prima obbiezione alla propria osservazione. L' *actio auctoritatis* presuppone l' evizione; Celso ammette la *condictio* prima dell' evizione. A me ciò basta. L'Appleton si maraviglia che Celso non abbia preveduto il caso più ordinario dell' evizione Ma perchè tale meraviglia, quando Celso parla degli effetti immediati del negozio, e non già di quelli nascenti da fatti ulteriori?

Ma v' è un' altra obbiezione, la quale risponde anche alla censura mossa contro l' opinione, ch' io seguo: « Come mai Celso non vedeva una vendita almeno nella mancipazione, antica vendita romana, fatta pel danaro anticipatamente ricevuto »? Nella *mancipatio* si menzionava il *prezzo* [2]), quando era fatta per vendita; altrimenti si mancipava *nummo uno*. Nel caso in questione la somma data, secondo Celso, non era prezzo, dunque non doveva menzionarsi come tale nella *mancipatio*. L' osservazione dell'Appleton contiene una petizione di principio.

Ciò spiega pure la necessità della promessa per l' evizione, in qualsiasi modo si voglia leggere l'ultima parte del testo nella sua forma genuina [3]).

[1]) Op. cit. XXX, p. 759 sgg.

[2]) Fragm. Vat. 50; atti di mancipazione per vendita, BRUNS, *Fontes*, ed. 6ª, p. 288 sgg.

[3]) Cfr. l. 131 § 1 de V. O. 45, 1; l. 27 de sol. 46, 3.

XIX. Tuttavia, come ho accennato da principio, se questi ragionamenti nostri valgono per interpretare il testo come opera di Celso, essi non tolgono di mezzo le difficoltà maggiori, che la legge 16 (12, 4) presenta come parte della legislazione giustinianea.

E le difficoltà qui sono di duplice natura.

Prima abbiamo l'antinomia con la l. 5 § 1 de praescr. verb. 19, 5: PAULUS, *libro quinto quaestionum*: « Et si quidem pecuniam dem ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere... ».

Ognuno sa quanto sia ancora incerta, soprattutto relativamente alla cronologia, la storia dei contratti innominati e del riconoscimento e dell'estensione delle azioni *praescriptis verbis* e *in factum*, che sono nominate nei testi giustinianei. Ognuno sa pure quanto sia sospetto d'interpolazione il frammento 5 § 1 (19, 5) ora riferito [1]). Non si può dunque fare molto a fidanza coll'esattezza del linguaggio di un simile testo; nè io proverei forte ritegno a interpretare la frase *ut rem accipiam* relativa alla compra-vendita, nel senso generico di ricevere la cosa, non rigorosamente la proprietà della cosa (*ut res mea fiat*).

Molto più mi preoccupa la difficoltà di ordine generale, nascente dal sistema giustinianeo dei contratti innominati.

Lo scambio di danaro e di proprietà di Stico, dovesse o no chiamarsi *permutatio*, certo aveva tutti i caratteri di un contratto *do ut des*; e quindi non doveva oramai darsi la sola *condictio ob rem dati*, ma anche l'*actio praescriptis verbis* per esigere la controprestazione; e la morte di Stico [2]) avrebbe dovuto secondo le nuove regole stare a carico del creditore di esso [3]).

[1]) Vedi GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 132; PERNICE, *Labeo* III, p. 304; BONFANTE, *Istituzioni*, 4ª ediz. p. 440 n. 2.

[2]) Assurda è l'ipotesi che Stico fosse morto prima della dazione della pecunia, messa innanzi dal BELOIUS, *Varior. iuris civilis*, 1, 9, 2 (*Thes. Meerman.* IV, p 769) e accolta ancora dal VAN WETTER, *Obligations*, I, p. 112 nota.

[3]) L. 5 § 1 in fine, de praescr. verb. 19, 5; l. 10 Cod. de cond. ab caus. dat. 4, 6: testi interpolati, vedi PERNICE, *Labeo* III, p. 303 sg.; APPLETON, op. cit. XXX, p. 774 sgg.

Sotto questo riguardo pertanto l'inserzione del frammento di Celso nelle Pandette costituisce una svista dei compilatori, la quale peraltro non deve alterare i risultati dello svolgimento del nuovo diritto giustinianeo.

Ammessa la contraddizione, bisogna tentare di eliminarla *subtili animo*, come prescriveva l'imperatore nella Const. Tanta § 15, il che può significare talora anche in modo sforzato.

Due sono le vie veramente alquanto sforzate entrambe.

Una consiste nella spiegazione storica.

I compilatori della l. 7 § 2 de pactis 2, 14 avevano menzionato il responso di Aristone a Celso circa l'ammissibilità dell'azione in casi simili; essi possono avere inserito nelle Pandette il frammento di Celso per dimostrare, come questi non seguisse il parere di Aristone. Testi riferiti a semplice testimonianza storica non mancano nel Digesto, specialmente se si tratta di testi menzionati in altre leggi e soprattutto in costituzioni imperiali. La l. 16 nel titolo 12, 4 è fuori di posto, perchè, appartenendo alla massa edittale, è da questa staccata da tre testi della massa Sabiniana: ciò potrebbe essere un indizio di inserzione fatta per speciali riguardi sopravvenuti.

Ma tutto ciò è sommamente incerto e malsicuro.

L'altra via è dommatica. Potrebbe ritenersi che i compilatori non riconoscessero il contratto nel caso della l. 16, perchè non vi è menzionato il precedente accordo delle parti: vi si parla solo della volontà di colui che dà il danaro affinchè gli sia dato Stico. Celso certo aveva in mente l'accordo, perchè altrimenti non avrebbe proposto il dubbio relativo alla vendita; ma i compilatori nondimeno possono aver creduto il contrario. La figura giuridica della dazione per una causa senza il preventivo consenso è possibile, tanto più che il consenso facilmente avrebbe preso la forma di stipulazione: essa può con probabilità avverarsi specialmente fra assenti. Non è assurdo il pensare che i compilatori ad essa avessero riferita la legge, che così intesa non urta contro i nuovi principii. In ogni modo questo significato si può, con un po' di buona volontà e di bizantina sottigliezza, ammettere, anche se i compilatori non vi hanno pensato.

Perciò io diceva che parecchi degli scrittori, la cui opinione non si può completamente accettare, si sono tuttavia in parte avvicinati al vero.

Così Dionisio Gotofredo in due note alla legge di Celso [1]) esponeva che *datur hic pecuniam non ut pretium, sed ex mutuo quodam officio*, volendo in tal modo significare che le due dazioni non erano collegate da un precedente consenso obbligatorio. Troppo oscuramente e troppo spesso riferendosi al consenso sul prezzo, tuttavia ad una mancanza di volontà contrattuale si riducono sostanzialmente le opinioni di Alciato [2]), di Corasio [3]), di Forcatulo [4]), di A. Fabro [5]), del Morla [6]) e di altri citati dal De Passeribus [7]).

Tra i moderni il Brinz [8]) figurò il caso di Celso come quello di una prestazione con una controprestazione voluta quale *modus*. Evidentemente sono erronei il concetto di *modus* e il carattere di liberalità attribuito alla prestazione; ma rimane in fondo l'idea che manchi l'essenza del contratto obbligatorio.

Lo stesso io direi pure dell'espressione anche più inesatta usata da R. Leonhard [9]), il quale riferisce la legge 16 (12, 4) al caso di una donazione con controdonazione ἀντίδωρον, negando che le parti fossero vincolate da obbligazione, ma dimenticando che la dazione per una causa onerosa non è donazione.

Finalmente osserverò che, dal punto di vista della legislazione giustinianea, non può dirsi scorretta la spiegazione degli interpreti greci [10]), i quali ritenevano senz'altro che si trattasse di permuta. Ammesso il contratto, negata la vendita a causa del dare, il negozio aveva certamente il carattere di permuta [11]). Si cercava poi di superare le ulteriori difficoltà del testo applicando il *ius poenitendi*.

[1]) *Corpus iuris civilis*, Amst. 1663, p. 207, nn. 87. 89.

[2]) *Ad Dig. de rebus creditis*, leg. 2, n. 24.

[3]) *Miscellaneorum iuris civilis libri septem*, lib. 2, c. 9, n. 5

[4]) *Necyomantia iurisperiti*. 49, n. 3.

[5]) *Coniecturae*, lib. 6, c. 10; *Rationalia* ad h. l.

[6]) *Emporium quaestionum utriusque iuris*, part. I, de contr. empt., prael. n. 23.

[7]) Loc. cit. cfr. Appleton, XXX, p. 750, n. 2.

[8]) *Lehrbuch der Pandekten*, 2 ed., vol. 2, § 319, n. 3, pag. 625.

[9]) In Pauly-Wissowa, *Real-Encyclopädie*, V, col. 2538, v. emptio venditio.

[10]) Cfr. Basilici, 24, 1, 16, testo e scolii (Heimbach, III, p. 8).

[11]) Che lo scambio di danaro con proprietà di cosa potesse costituire un contratto innominato *do ut des* è indubitabile; che potesse chiamarsi *permutatio* non è direttamente provato, ma nulla si può addurre in contrario. I testi portati da alcuni interpreti per dimostrare l'applicazione di tal nome a siffatto negozio non provano la cosa in modo preciso, ma la rendono verosimile: l. 8 § 24

Così la l. 16 de cond. c. d. 12, 4 può intendersi, come ho accennato da principio, mediante una *duplex interpretatio*; in un modo come testo di Celso, in un altro come testo di Giustiniano.

Ma l'importante per me era di rivendicare contro i nuovi forti attacchi la vecchia opinione di Azone, meglio dichiarandone i limiti e il significato per la teoria generale della vendita nel diritto romano.

VITTORIO SCIALOJA.

de transact. 2, 15; l. 26 de I. D. 23, 3; l. 21 de pact. dot. 23, 4; Inst. § 2 de usufr. 2, 4. Maggior valore potrebbero avere testi non tecnici, come i seguenti: CICERONE, ad fam. 3, 5, 3; PLINIO, *N. H.* 6, 31 (36), 198; 12, 21, 45; 19, 4, 20.

SUL DEPOSITO IRREGOLARE
IN DIRITTO ROMANO

NOTA

Le ricerche recentissime, l'una dall'altra indipendente, del Naber [1]) e del Longo [2]) convengono in questo punto fondamentale: la figura giuridica del deposito irregolare e usurario non sarebbe stata riconosciuta nel diritto classico; essa sarebbe una creazione dei bizantini [3]). Il Longo (p. 137 sgg.) perviene allo stesso risultato riguardo alla c. d. locazione irregolare. Lasciando da parte quest'ultima e

[1]) *Observatiunculae de iure romano*, XCIII; *de deposito usurario* «Mnemosyne», N. S., XXXIV, p. 59 sgg.

[2]) Longo, *Appunti sul deposito irregolare* «Bull. dell'Ist. d. dir. romano», XVIII, p. 121 sgg. [p. 3-38 dell'estr.].

[3]) Può nascere anche il dubbio se la locuzione *quasi usus fructus*, con cui vuolsi caratterizzare il c. d. *usus fructus pecuniae*, e che si trova soltanto in § 2 i. f. I. 2. 4, e in Gai. (7 ad ed. prov.), fr. 2 D. 7. 5 (*sed remedio introducto coepit q. u. f. haberi*), possa essere dei compilatori. Quanto a quest'ultimo passo la logica del discorso non è irreprensibile; Gaio avrebbe piuttosto dovuto soggiungere che per questa via si poterono raggiungere effetti analoghi a quelli che si hanno nell'usufrutto; d'altra parte, la parola *remedium* si trova, per quanto mi consta, solo un'altra volta in Gaio (5 ad ed prov., fr. 1 D. 12. 1); nelle sue Istituzioni non si trova mai, onde il Kalb, *D. Juristenlatein* [2], p. 76, n. 1, sospetta della sua genuinità. Ed io credo che i compilatori delle Istituzioni, anzichè attingere a Gaio, come vuole il Ferrini (*Bull. dell'Ist. d. dir. rom.*, 13, p. 151 sgg.), la frase finale del § 2 cit. «sed per cautionem q. u. f. constituit», abbiano invece riprodotto con varianti il citato passo del Digesto. Certo è parola di *quasi usus fructus* [e *usus quidam*] anche in Ulp. fr. 1 § 6 D. 43. 18, ma in senso affatto diverso, se pure qui è genuino (poichè anche questo passo non è superiore ad ogni sospetto), e fa meraviglia come la stessa locuzione possa essere stata adoperata dai giuristi classici in sensi del tutto differenti. Non mi dissimulo, peraltro, che il confronto col fr. 1 § 6 D. 43. 18 è forse più atto a indurre sospetti sulla genuinità di questo che su quella dei due passi relativi al c. d. *usus fructus pecuniae*.

l'esegesi del tormentatissimo fr. 31 D. 19. 2, in quanto riguarda la locazione, io intendo qui limitarmi ad esporre alcune considerazioni intorno al deposito, dalle quali sono tratto ad un'opinione in parte divergente, a concludere, cioè, che almeno Papiniano, e forse egli solo, prestando ascolto ai suggerimenti della pratica, abbia riconosciuto questa figura giuridica, che non ostacolata dalle forme processuali e più conforme ai concetti ed agli intenti pratici delle parti, veniva a sottrarre una serie di negozii alla disciplina del mutuo. La dottrina papinianea sarebbe stata accolta, ma non inalterata, nel diritto giustinianeo.

1. Circa i noti passi di Paolo e di Ulpiano, io mi trovo d'accordo coi due insigni romanisti e credo anche decisivi nel loro insieme gli argomenti da essi posti innanzi per dimostrare che nè l'uno nè l'altro giurista riconobbero questa figura giuridica. Quanto a Paolo, il confronto tra il passo della *Coll.* X, 7. 9 e il fr. 29 § 1 D. 16. 3 toglie, a mio avviso, ogni seria ragione di dubitarne, e nel fr. 26 § 1 D. 16. 3 non soltanto la sconvenienza logica e grammaticale dell'aggiunta *et ideo - possunt* (Lenel, *Paul.* n. 1474 § 1; Naber, pp. 60-61; Longo, p. 129), ma anche la sede originaria del passo (4 respons.) ci avverte quale dovesse essere il pensiero di Paolo. Quanto ad Ulpiano, aderisco pure all'esegesi del Longo (p. 121 sgg.) circa il fr. 9 § 9 D. 12. 1 (dove induce in sospetto anche il mutamento del soggetto e il *mutuam* per *mutua* [rogavit]) ed i fr.i 10 D. eod ; 1 § 34 D. 16. 3; 7 § 2 D 16. 3; 24 § 2 D. 45. 2. Nei due ultimi passi è affermato abbastanza chiaramente il passaggio dal deposito al mutuo, ove intervengano le usure convenzionali (*quasi renuntiaverint deposito - aliud est enim credere quam deponere*), e dagli altri passi parmi escluso che l'antitesi qui possa essere fra deposito, regolare o irregolare, gratuito e mutuo, oppure fra deposito irregolare gratuito, che sarebbe trattato anche dal punto di vista del privilegio nel concorso come deposito regolare, e deposito irregolare ad interessi, per questo riguardo trattato come il mutuo [1]). E ancora: Ulpiano non potrebbe ammettere nel fr. 24 § 2 cit. la *vindicatio* dei *nummi extantes* se non si riferisse a un deposito regolare, e la collocazione

[1]) Mitteis, *Trapezitika*, «Zeitschr. d. Sav. St.», 19, p. 209 sgg. Sarebbe anche da domandarsi perchè il mutuo gratuito, in genere, non dovrebbe essere munito di ugual privilegio.

primo loco - ante privilegia, dei deponenti (fr. 7 § 2 cit.), significa *vindicatio* e si riferisce di nuovo, a mio avviso, a deposito puro e semplice [1]).

Anche meno può accogliersi per il diritto classico il tentativo di Stefano e di Cirillo [2]), seguito da qualche scrittore moderno [3]), diretto specialmente a mettere d'accordo fra loro e coi fr. 24 D. 16. 3 e 25 § 1 D. eod. di Papiniano i passi di Paolo, che, come si trovano nella compilazione, ora parlano di mutuo, ora di deposito irregolare. In sostanza, essi si fondano sulla volontà delle parti diretta al mutuo, o, rispettivamente, al deposito, per trarne la conseguenza che se il deponente dice *utere* si avrebbe mutuo, se invece la facoltà d'uso è soltanto implicitamente contenuta nella concessione (*tantundem mihi redde*) si avrebbe deposito irregolare. Per quanto nelle fonti la concessione dell'uso sia di sovente richiamata a proposito del mutuo e ne sia messa in rilievo la sua affinità col commodato [4]), tuttavia non si può ammettere facilmente che Paolo, od Ulpiano, o Papiniano si abbandonassero a così singolari sottigliezze, e chiunque senza preconcetti confronti il passo della *Coll.* X, 7. 9 col fr. 29 § 1 D. 16. 3, e consideri il fr. 26 § 1 D. 16. 3, dovrà ben ritenere che Paolo non ha detto ciò che gli si fa dire nel fr. 29 § 1 [5]) e che dopo avere af-

[1]) Nel § 3 dello stesso fr. e in Pap. fr. 8 D. eod., sembra che si parli di nuovo del privilegio consentito al creditore per un deposito puro di denaro, che si esercita tanto su somme, come sul restante patrimonio del fallito. Quanto ad Ulp. vedi già nello stesso senso, egregiamente, NIEMEYER, *Depositum irregulare*, p. 70 sgg.

[2]) Steph., ad fr. 24 D. 16. 3 (Hb. II, 52, sch. 1: Τίτιος κ. τ. λ.); Steph., ad fr. 29 § 1 D. 16. 3 (Hb. II, 57); Steph., ad fr. 15 D. 12. 1 (Hb. II, 611, sch. 2); Steph., ad fr. 9 § 9 D. 12. 1 (Hb. II, 601, sch. τοῦτ' ἔστιν κ. τ. λ.); Steph., ad fr. 34 pr. D. 17. 1 (Hb. II, 122, sch. 3); Cyr., ad fr. 29 § 1 D. 16. 3 (Hb. II, 57, sch. 2 «εἰ κατὰ κέλευσίν μου»); Cyr., ad fr. 24 D. 16. 1 (Hb. II, 52, sch. 1 «εἰ εἴπῃ ὁ δεποσιτάριος»). Non è diverso per il deposito di denaro il concetto dell'Anonimo (ad fr. 29 § 1 D. 16. 3; Hb. II, 57, sch. ὑπόδου). V, p. 209, n. 4; p. 233, n. 1.

[3]) V., per es., PELLAT, *Textes choisis des Pand.*, p. 64 sgg.; ACCARIAS, *Précis de dr. rom.* II⁴, p. 261 seg.

[4]) V. PERNICE, *Labeo*, II², p. 94 sgg.

[5]) Questo passo, del resto, presenta, come è notissimo, gravi difficoltà anche dal punto di vista del diritto giustinianeo («*si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur*»). Esso sembra contrastare con ciò che è detto nel fr. 24 e nel fr. 25 § 1 D. eod., che cioè, salvo patto o mora, non sono dovute usure nel deposito irregolare, dovendosi tenere sempre pronta la somma per restituirla a richiesta, nè la concessione dell'uso del denaro può ritenersi

fermato che il contratto sottoposto al suo esame *depositae pecuniae modum excedit*, non poteva concluderne (*et ideo*) che si possono chiedere anche le usure coll'azione di deposito [1]). E d'altra parte, nemmeno Papiniano, se accolse, come ci pare, e lo vedremo tra poco, la figura del deposito irregolare, non intese punto distinguere fra deposito *ut tantundem redderetur* e deposito con facoltà d'uso.

Nè più sostenibile, sia dal punto di vista del diritto classico, sia anche da quello del diritto giustinianeo, è il tentativo di conciliazione secondo il quale si avrebbe deposito per quanto irregolare, quando si pattuisca tosto espressamente o tacitamente la restituzione del *tantundem*, o anche l'immediata facoltà d'uso, mutuo invece, quando, o posteriormente al deposito si accordi la facoltà d'uso, o anche tosto,

come valida scusa per ritardarne la restituzione (cfr. fr. 1 § 22 D. 16. 3). Riferire il *permissus* al deposito e non all'uso (Emmerich, in *Linde's Zeitschr.* N. F., 18, p. 118 sgg.) è uno spediente molto infelice; se non è concesso l'uso del denaro non si suole domandarne la consegna in deposito (cfr. fr. 1 § 35 D. eod.; fr. 4 pr. D. 12. 1), a meno che non ci sia il segreto intendimento di farne uso; inoltre sarebbe detto ciò che si intende senz'altro e sarebbe invece taciuta la circostanza decisiva; infine, nel passo genuino di Paolo il permesso sarebbe riferito all'uso del denaro. Diversamente sta la cosa nella L. 4 C. 4. 34 (Gord.), dove si può sottintendere abbastanza facilmente la mancanza del permesso dell'uso. Non resta altro se non supporre che, malgrado la generalità delle espressioni, il passo si riferisca soltanto alle usure moratorie, giacchè anche l'altro tentativo di conciliazione, consistente nel supporre che il passo si riferisca ad un mandato di amministrazione del denaro (Emmerich, ibid. p. 119) non è certo più felice. Emmerich si fonda sull'uso di *penes* (fr. 63 D. 50. 16), ma non si accorge che esso è adoperato proprio per un deposito puro da Paolo (*Coll.* X, 7. 5. 8), mentre nel § 10 usa *apud* (v. del resto, circa l'uso di *penes* e di *apud*, Gradenwitz in *Zeitschr. d. Sav. St.*, 8, p. 282 sgg., e *Bull.* 9, p. 98 seg.); con tutta probabilità il *penes* fu preso a prestito da Paolo; nelle costituzioni latine di Giustiniano *penes* s'incontra una sola volta (V. Longo, *Vocab.* h. v). La scorrettezza che ne è venuta fuori può ben dipendere dal procedere frettoloso e malcauto dei compilatori, e costituisce, se non erro, un nuovo indice del rimaneggiamento del passo. Non è nemmeno possibile il dubbio di fronte ai fr.[i] 24 e 25 § 1 cit., che i giustinianei, ove non sieno pattuiti interessi in un deposito irregolare, li ritengano dovuti anche prima della mora, per il riflesso che il depositario può trarre utile dal denaro, se si affida alla speranza che non gli venga richiesto se non dopo qualche tempo, come è, per converso, in diretto contrasto col diritto giustinianeo e priva di solido fondamento l'opinione di quelli, fra gli scrittori moderni, che negano la possibilità di un deposito irregolare quando siano pattuiti interessi.

1) Questa affermazione esclude anche nel caso la figura giuridica di un deposito puro con trapasso del *periculum*, epperò anche colla facoltà di liberarsi mediante la prestazione del *tantundem*. Essa è, del resto, incompatibile colla espressa od implicita facoltà d'uso, che è inammissibile in un deposito puro.

ma colla clausola *si voles* [1]). I passi citati di Ulpiano e di Paolo (fr. 9 § 9 D. 12. 1, fr. 10 eod. (cfr. fr. 4 pr. D. eod.), *Coll.* X, 7. 9; cfr. Afr. fr. 34 D. 17. 1) dimostrano soltanto che il deposito si trasforma per essi in mutuo dal momento del permesso, se incondizionato, o dell'uso, se sotto la condizione *si voles*, ma non dimostrano affatto che in quei primi due casi si abbia per essi un deposito irregolare anzichè un mutuo; solo nel fr. 29 § 1 h. t. Paolo parlerebbe di un deposito coesistente colla facoltà d'uso, ma il passo è certamente interpolato, e quale sia il suo senso secondo il diritto giustinianeo a cui appartiene, risulta, a mio avviso, manifesto dallo scolio di Stefano (τὴν ἐπιτροπὴν) e da quello dell'Anonimo (ὑπόθου) a questo frammento (Hb. II, p. 57), già citati (p. 199, n. 2), che fanno capo a una questione di volontà, e sui quali dovrò ritornare più avanti.

2. Quanto al passo di Alfeno (fr. 31 D. 19. 2; Alf. 5 dig. a Paulo epit.), io pure col Longo (p. 137) non trovo ragioni sufficienti per ritenere il celebre inciso *idem iuris - solvere(t)* interpolato, come pensa il Naber (p. 62). Nè parmi faccia ostacolo ad ammettere che anch'egli corresse col pensiero al mutuo nel caso in cui alcuno *pecuniam adnumeraret*, l'aver detto *idem iuris esse in deposito* (per *re deposita*), anzichè *in depositis*, mentre più sopra aveva parlato di *duo genera rerum locatarum*; infatti qui si dà proprio l'esempio di cose diverse, là invece si tratta sempre della stessa cosa (*pecunia*) depositata in un modo, anzichè in un altro [2]). Meno grave però in favor della tesi che Alfeno fosse per il mutuo, è l'argomento del Longo (p. 151-2), che se egli avesse stimato doversi ivi dare l'*a. depositi*, verosimilmente non avrebbe taciuto che si tratterebbe di un deposito col passaggio del *periculum*: così dicendo, Alfeno non avrebbe confermato l'affinità col mutuo, giacchè vi possono essere depositi puri di danaro col passaggio del *periculum* (fr. 4 pr. D. 12. 1; fr. 1 § 35

[1]) V., per es., ARNDTS, *Pand.*[13] § 286.

[2]) Secondo il COSTA, *Papin.*, IV, p. 72, le parole *idem iuris esse in deposito* etc. sarebbero evidentemente di Paolo; ma già per quel che sappiamo intorno all'indole dell'epitome pauliana, vi è piuttosto ragione di credere il contrario (v. KRÜGER, *Histoire des sources*, pp. 273 e 86). Del resto il Costa è indotto a ritenere ciò, poichè egli, mentre conviene che Alfeno ancora non riconoscesse la figura del deposito irregolare, pensa invece che Paolo la riconosca e che il passo non possa avere spiegazione diversa. Su questi due ultimi punti non posso condividere la sua opinione.

D. 16. 3, dove non crederei che le parole *vel nummi* siano un emblema), e non avrebbe fatto d'altra parte che ripetere ciò che è detto immediatamente prima (*ex superiore causa* [scil. *si idem redderetur*] *rem domini manere, ex posteriore* [scil. *si eiusdem generis redderetur*] *in creditum iri*), dato e non concesso che le parole *in creditum iri* significassero, anzichè mutuo vero e proprio, immediato passaggio di proprietà colle stesse conseguenze giuridiche del mutuo [1]). E meno poi proverebbero per questa tesi le parole di Alfeno *nihil aliud debere nisi tantundem pecuniae solvere(t)*, in correlazione colla formola *in factum* dell'*a. depositi*. Lascio qui in disparte se la formola *in ius*, che vi si sarebbe perfettamente prestata, fosse già in uso ai tempi di Alfeno, *consul suffectus* nel 39 a. Cr., ciò che io pure, tenendo conto della data della *Lex Iulia* (a. 45 a. Cr.), inclino a ritenere col Longo (p. 152, n. 1) [2]) improbabile. Quanto alla formola *in factum*, parmi che l'ostacolo non sarebbe stato quello a cui il Longo pensa. Infatti, sia che l' *intentio* suonasse *eam pecuniam*, o piuttosto *eandem pecuniam d. m. N. N. A. A. redditam non esse*, oppure *eadem C d. m. N. N. reddita non esse*, in ogni caso l'azione sarebbe stata diretta alla restituzione del *tantundem*. Basti in proposito aver presente il formulario di una stipulazione correale (pr. I. 3. 16 « stipul corr. passiva: Maevi, centum dari spondes? Sei, *eadem* centum dari spondes? - stip. corr. attiva: Gaius: Maevi, centum dari spondes? Seius: Maevi, *eadem* centum dari spondes? »). Se si replicasse che nell' *intentio* vi era anche [*rem*] *apud N. N. deposuisse* e che colla parola *deposuisse* non si poteva indicare un trapasso di proprietà, si potrebbe facilmente rispondere che per quanto siano qui fuse insieme *demonstratio* ed *intentio*, ciò che tecnicamente costituiva il presupposto prossimo e fondamentale della condanna era piuttosto il *d. N. N. redditam non esse*, e trattandosi di *pecunia*, poteva ben essere respinto l'attore che avesse ricevuto ugual somma. Piuttosto una difficoltà, forse insuperabile, dipendeva da ciò che la formola *i. f.* dell'a. depositi recava la menzione del *dolus* (« eamque *dolo malo* etc. »: Gai., IV, 47), mentre la responsabilità nel deposito irregolare si estende,

[1]) Ogni altra interpretazione è incompatibile colle chiare parole del testo, come del resto è generalmente riconosciuto: v. NIEMEYER, op. cit., p. 12 seg. e gli scrittori ivi citati.

[2]) Cfr. NIEMEYER, op. cit., p. 27 seg.

senza dubbio, come vedremo meglio più avanti, all'*omne periculum* [1]). Nè il giudice avrebbe potuto oltrepassare i termini della formola, nè il pretore concederla modificando questo elemento senza prendere sopra di sè la cognizione della causa. In ogni modo, come già dicevo, ogni difficoltà processuale sarebbe stata eliminata dalla formola *in ius ex fide bona*. Riguardo a questa, rientra appunto nell'ambito della *fides bona* che informa il *iudicium*, l'osservanza dei *pacta* conchiusi dalle parti (v. già in Iavol. fr. 21 D. 19. 2 « b. f. exigit ut quod convenit fiat »). Gli ostacoli dunque, dopo la sua introduzione, non avrebbero potuto se mai provenire che dalla natura, o se si vuol dire altrimenti, dal tipo stesso del contratto, col quale sarebbe parso inconciliabile il trapasso di proprietà.

3. Ma è pur anche notevole come nella pratica stessa, conforme ai fini empirici delle parti, secondo le quali, pur accordandosi la libera disposizione del denaro si mira in primo luogo a porre al sicuro la somma fino al momento in cui si voglia ripeterla in tutto od in parte, si usasse parlare di *deponere* anche quando si consegnavano *somme* come tali, o (il che equivale) si accordava la facoltà di uso, o si conveniva la restituzione non dell'*idem*, ma del *tantundem*. Lo stesso passo di Alfeno (fr. 31 cit.) ce ne fa fede, quando egli dice: *idem iuris esse in deposito*, e anche più nettamente nelle parole che seguono: *nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret*; secondo l'apprezzamento comune nella pratica si ha deposito tanto nel primo caso, come in quello dell'*adnumeratio*. Così Paolo nel fr. 26, § 1 D. 16. 3 nega essere un deposito quello che il debitore ha espressamente definito per tale (ἔλαβον καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης κτλ.), così negli altri passi già citati di Paolo e di Ulpiano si mira a definire giuridicamente dei negozi chiamati depositi, a cui si congiunga tosto o posteriormente il permesso dell'uso, od un patto relativo alle usure; così nel fr. 27 D. 26. 3 Paolo considera il caso della prestazione di una somma data *sub titulo depositi*, allo scopo di mascherare una dote di denaro che non può sussistere, trattandosi di uno pseudo-matrimonio.

[1]) Tale difficoltà veniva meno invece, trattandosi della formula i. f. del commodato, dove l'*intentio* era semplicemente *eamque A. A. redditam non esse* (V. Lenel, *L'édit*, I, p. 292, n. 2).

Di deposito parla anche il contratto in CPR. I, 29, in cui Harpokration dichiara di ricevere di mano d'Isidora 800 dramme (o 808, come è detto più sotto), quale deposito (παραθήκην), colle consuete clausole, ἀκίνδυνον παντὸς κινδύνου e ἀνυπόλογον παντὸς ὑπολόγου [1]), e cioè, secondo quella prima clausola, col pieno passaggio del pericolo nell'accipiente, obbligandosi a restituirle immediatamente, *sine ulla controversia*, quando essa vorrà (.... καὶ ἀποδώσει αὐτῇ ὁπηνίκα ἐὰν αἱρῆται ἄνευ πάσης ὑπερθέσεως καὶ κρίσεως καὶ ἐναντιλογίας....). Sia o no questo contratto (dell'a. 184 d. Cr.) da riguardarsi come una costituzione di dote larvata (cfr. BGU, 729, a. 144 d. Cr.), il tipo di contratto che vi è rappresentato è certo un deposito coll'obbligo di restituire non l'*idem*, ma il *tantundem*, e appunto se è dote mascherata, indubbiamente il concetto delle parti non poteva essere altro se non quello che il ricevente potesse usare del denaro (Gai. fr. 42 D. 23. 3; cfr. Paul. in *fr. vat.* 101); in questo punto il deposito fittizio doveva ben rispondere alla volontà delle parti E altri esempi simili e del pari interessantissimi sono i seguenti:

Pap. Lond. II, n. 298, p. 206 (a. 124 d. Cr.) « Ὁμολογεῖ Πρῖμος..... Ἡρακλείδῃ.... ἔχειν παρ' αὐτοῦ.... ἀργυρίου δραχμὰς δισχιλίας παραθήκην ἀκίνδυνον παντὸς κινδύνου καὶ ἀνυπόλογον παντὸς ὑπολόγου.... ἀποδώσειν

[1]) Sul significato della clausola ἀκίνδυνον παντὸς κινδύνου, v. GRADENWITZ, *Einführ. in die Papyruskunde*, p. 93, circa BGU. n. 729, e BRASSLOFF, *Zur Gesch. d. röm. Compensationsrechtes*, « Zeitschr. d. Sav. Stift. », 21, p. 366 sgg. La valida assunzione della responsabilità per *culpa* e per l'*omne periculum* nel deposito ci è poi attestata per il diritto romano antegiustinianeo in Pomp.-Ulp. fr. 7 § 15 D. 2. 14; Iul.-Ulp. fr. 1 § 35 D. 16. 3; *Coll.* X, 5. 1 (*ultra dolum, si non aliud specialiter convenit*); Ulp., fr. 4 pr. D. 12. 1 (*hoc depositum periculo est eius qui suscepit*: cfr. fr. 11 pr. D. 12. 1; fr. 17 § 1 D. 19. 5); lascio in disparte il fr. 5 § 2 D. 13. 6, poichè tutto il brano *nisi-deponitur* è certamente interpolato, il fr. 23 D. 50. 17, poichè in questo punto è sospetto, e anche il fr. 2 § 23 D. 47. 8 (« si in re deposita culpam quoque repromisi »), poichè potrebbe trattarsi di una stipulatio apposita, sebbene l'ipotesi parallela che ivi è fatta (« vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi »), che però il DE RUGGIERO R., nel *Bull.* 19, p. 69, n. 2 [estr.], suppone tribonianea, induca a ritenere che basti il semplice patto. Quanto al fr. 39 D. 17. 1, esso non dà una prova certa per il deposito, poichè non è improbabile che si riferisca alla *fiducia* (così PERNICE, *Labeo* III, p. 139, n. 2). Cfr. in proposito il mio lavoro: *Sull'età dei giudizi di b. f. del commodato e di pegno* negli « Studi giurid. » in onore di C. Fadda, VI, p. 350, n. 1. Circa la frase « *nec quasi contra iuris formam factam* etc. » del fr. 7 § 15 cit., vedi in Cels. fr. 48 § 1 D. 17. 1 « extra mandati formam est etc. ».

ὁπηνίκα ἐὰν αὐτὸς Ἡρακλείδης αἱρῆται ἄνευ δίκης καὶ κρίσεως καὶ πάσης ὑπερθέσεως.... ».

Pap. Lond. II, n. 310, p. 208 (a. 146 d. Cr.). « Ὁμολογεῖ Παπόντως.... Ἀρσείτι ἔχειν παρ' αὐτῆς διὰ χειρὸς ἀργυρίου δραχμὰς.... παραθήκην ἀ. π. κ. κ ἀ. π. ὁ..... καὶ ἀποδώσειν ὁπηνίκα ἐὰν Ἀ. ἀπαιτήση.... ἄ. π. ὁ.....».

BGU. III, n. 702 (11 dic. 151 d. Cr.) «.... ἔχειν τὴν Εὐποροῦν παρὰ τῆς Δημαρίου παραθήκη[ν] ἀ. π. κ. κ. ἀ. π. ὁ. ἀργυρίου δραχμὰς.... ἃς καὶ ἀποδώσει ἡ Ε. ὁπηνίκα (?) ἐὰν αἱρῆται ἡ Δ....».

Oxyr. Pap. I, n. 71 (a. 303 d. Cr.) «.... Αὐρήλιος Σώτας.... κατὰ δυὸ γραμμάτια ὡμολόγησεν ἔχειν μου παρακαταθήκην ἀκίνδυνον καὶ ἀνυπόλογον, ἓν μὲν γενόμενον ἐπὶ τοῦ Τῦβι μηνὸς ἀργυρίου ταλάντων δύο, τὸ δὲ ἕτερον ἐπὶ τοῦ Φαμενώθ ἀργουρίου ταλάντων εἴκοσι.... ἅπερ.... ἀποδώσειν ἄνευ δίκης καὶ κρίσεως καὶ πάσης ὑπερθέσεως· καὶ εὑρεσιλογείας.... [1] ».

[1]) I documenti riferiti fino a questo punto nel testo sono stati già raccolti ad altro scopo dal Brassloff (op. cit. p. 365-66); ne ho completate le citazioni col riferire anche le clausole relative alla restituzione del deposito. Il Brassloff, circa questi documenti, da lui messi in rilievo insieme ad altri relativi alla locazione (quanto a BGU. n. 729, v. anche Gradenwitz, op. cit. p. 93), osserva, e mi pare giustamente, che a differenza di BGU. n. 729, nè CPR. n. 29, come vuole il Wessely (*Corpus pap. Rain.*, I, p. 145), nè Pap. Lond., II, p. 208, come ritiene il Kenyon (ibid.), sono verosimilmente contratti dotali larvati (contro questa congettura, quanto al primo, anche De Ruggiero [R.], *Studi papir. sul matr. e div.* « Bull. dell' Ist. di dir. rom. », 15, p. 248). Ciò non infirma affatto la conclusione che si tratta di *deposito* di *somme*. Si parla infatti di somme indicate talora in moneta di conto, sempre poi con espresso trapasso del pericolo che non appare mai ricollegato a quelle eccezionali circostanze che ne giustificherebbero il passaggio anche in un deposito puro: indubbiamente un vero deposito di somme come tali, ossia un deposito irregolare (così anche Br. p. 367, n. 1. 370, il quale però corre troppo, secondo me, nel trarre soltanto argomento dall'espresso trapasso del periculum, che è conciliabile anche con un deposito puro, quando eccezionalmente esso avvenga nell'interesse dell'accipiente). Quanto alla seconda clausola di quei documenti (ἀνυπόλογον παντὸς ὑπολόγου), che il Br. interpreta come esclusione della facoltà della compensazione, egli ne trae la conseguenza che il diritto romano del primo secolo dell'impero relativo alla compensazione era stato ricevuto in Egitto e che appunto, trattandosi di *depositi* che danno luogo ad un *b. f. iudicium*, anzichè di mutui, pei quali almeno in quel tempo non era ammessa la compensazione, la clausola serviva appunto ad escluderla, mentre nei documenti di mutui essa non appare, perchè sarebbe stata inutile. Se così fosse, avremmo una prova manifesta che i depositi di *somme*, come tali, sarebbero stati già fin d'allora considerati giuridicamente per diritto romano come depositi, e non come mutui. Ma, per vero, è già dubbio se quello sia il significato della clausola (nelle fonti bizantine la compensazione è designata in greco colle parole ἀντέλλογος, συμψεφισμός, ἀντεξέτασις, e la compensazione dei banchieri è nei diritto attico designata colle

Tutti questi documenti accennano alla restituzione immediata a richiesta, senza ritardi e tergiversazioni, della *somma depositata*, come tale, ed è pure elemento comune in tutti questi negozi che la restituzione debba farsi in qualunque momento piaccia al deponente (nell'ultimo citato ciò non è detto in modo esplicito, ma il documento non ci dà l'atto, bensì la petizione al prefetto del creditore che fino allora non era riuscito ad ottenere il pagamento, e non vi è mai parola di termini); infine, conviene pur notarlo, nessuno di questi documenti accenna a convenzione d'interessi.

Non altrettanto significante è invece per noi il documento contenuto in BGU. 114, I, circa la causa di Lucia Macrina per la pretesa παρακαταθήκη da lei fatta al suo pseudo-marito defunto, il soldato Antonio Germano (Νοοῦμεν ὅτι αἱ παρακαταθῆκαι προῖκές εἰσιν), poichè non conosciamo l'oggetto di questo deposito fittizio, nè l'altro in BGU. 114, I, II + Pap. 1° Cattaoui I) [1]), poichè si tratta bensì della prestazione di 700 dramme, mediante due διαγραφαί, ma qui non

parole ἀνταλλάττεσθαι, ἀνταναιρεῖν [Beauchet, *Hist. du dr. privé de la républ. Athén.*, IV, p. 514]), se, in ogni modo, quei documenti siano da ricollegarsi ad una recezione del diritto romano relativo alla compensazione, sebbene non vi trovasse applicazione la procedura formulare con cui l'istituto della compensazione è in istretto rapporto, ed infine non si può trascurare che entrambe le clausole potevano essere ora concordanti coi principii del diritto, ora da esso discordanti. Un indice contrario sembra anzi potersi trarre dal documento contenuto in P. Cattaoui I, c. VI *recto*, che adduco e di cui parlo nel testo. — Anche Mitteis, op. cit. p. 209, n. 1, e Costa, *Papiniano*, IV § 6 pr. 79 e n. 5, richiamano l'attenzione sull'uso di chiamare depositi (παρακαταθῆκαι) le consegne di denaro dove l'obbligo alla restituzione è diretto al *tantundem*, come risulta dal fr. 26 D. 16. 3. Il Costa ricorda anche BGU. n. 114, I (dote larvata), però da quest'ultimo documento non appare quale ne fosse l'oggetto e, naturalmente, se non si tratta di cose fungibili, il deposito puro, anche se accompagnato dal passaggio del *periculum*, è diverso dal deposito irregolare, e, anche trattandosi di cose fungibili, il passaggio del *periculum* può accompagnarsi ad un deposito puro (cfr. Ulp., fr. 4 pr. D. 12. 1); a questo documento egli ricollega il fr. 27 D. 16. 3, dove la somma è data *sub titulo depositi* e si tratta appunto di dote larvata. A prescindere dal ricollegamento, il richiamo è, a mio avviso, perfettamente opportuno, per quanto non creda che Paolo ammettesse qui l'azione *de peculio ex causa depositi* (v. p. 232, n. 3). E i documenti addotti nel testo confermano sicuramente quanto fosse esteso l'uso di chiamare e considerare come depositi i negozi in questione.

[1]) Designandolo come il 1° dei papiri Cattaoui intendo distinguerlo dall'altro papiro Cattaoui, edito da L. Barry (*Un papyrus grec* « Bull. de l'Inst. franç. d'archéol. orient. », III, Le Caire, 1903), sul quale v. Wilcken nell'*Arch. f. Papyrusforsch.* III, 548 sgg.

si allega dal retore di Chtimbois che la prestazione sia stata da lei fatta a titolo di deposito, bensì a titolo di mutuo (δεδανεικέναι, l. 14).

Ma veramente caratteristico è, invece, se non andiamo errati, il documento contenuto nella 6ª colonna (*recto*) dello stesso papiro Cattaoui (P. Cattaoui V). Cornelia domanda la restituzione di un talento ὃ ἔσχεν παρ' αὐτῆς Ἀκουτιανὸς ἐν παρακαταθήκῃ; il κατήγορος oppone τοῦτο εἶναι τὸ γαμικὸν συμβόλαιον, e l'idiologo Claudio Giuliano decide (la decisione è del 22 novembre 136 d. Cr.): Τὸ ἀναγνωσθὲν δάνειον ἐκβάλλω ἐκ παρανόμου γάμου γενόμενον [1]). Tanto l'idiologo, il rappresentante del fisco, come Cornelia e Giulio Acuziano hanno nomi romani [2]), nè appare che li abbiano assunti dopo la *missio* e il matrimonio romano è nullo perchè Acuziano era un soldato. Le maggiori probabilità sono adunque per la nazionalità, od almeno per la cittadinanza romana. La controversia tra il κατήγορος e Cornelia è decisa quindi secondo

[1]) V. su questi documenti contenuti nel 1° papiro Cattaoui: MEYER, *Papyrus Cattaoui*, « Arch. f. Papyrusforsch. », 3, p. 55 sgg.; SCIALOJA, nel *Bull.* 8, p. 159 sgg.

[2]) Circa *Acutiana* (gens) e *Acutianus*, più frequentemente *cognomen*, talora anche *nomen*, v. già DE WIT, *Onomasticon* h.s v.s e gli esempi ivi ricordati, ai quali si aggiungono parecchi altri che s'incontrano nel C. I. L. *Acutianus* come *cognomen* appare, oltre che nel nostro documento, se la lezione è certa (*Iulius?* Acutianus), nei seguenti titoli: C. I. L. V, 2796 [Patavium]; III, 1911 [Dalmatia, a.° 239 p. Ch.]; III, 411 [Smyrna, a.° 139 p. Ch. = C. I. Graec. 3175]; III, 6458 [Aur. *Acutianus?*]; VIII, 9121 [Mauret. Caes.]; IX, 5805; II suppl., 4048 [Hisp. Tarrac.]; Grut. 397. 2. Come *nomen* appare in C. I. L. IX, 649 [= Inscr. Neap. 701]; III, 5834 [Rhaetia = Grut. 515. 20]; III, 5830 [Rhaetia]; in queste due ultime iscrizioni abbiamo tre *Acutiani* fratelli, dove *Acutianus* è *nomen*. Certo la nomenclatura romana e la stessa assunzione di *nomina gentilicia* non sono prove decisive per la cittadinanza romana, nemmeno per questo tempo, malgrado Suet., *Claud.* 25: (« peregrinae condicionis homines vetuit usurpare Romana nomina dumtaxat gentilicia » [le due ultime parole furono talora, senza motivo sufficiente, ritenute come una nota marginale penetrata nel testo]), e l'editto di Claudio che conferma la cittadinanza romana agli Anauni che, a quanto pare, l'avevano usurpata (C. I. C., V, 5050; GIRARD, *Textes*, 3, p. 174 « nomina ea quae habuerant antea tamquam cives Romani, ita habere is permittam »). Nello stesso papiro Cattaoui, ora ricordato, vediamo che mentre Lucia Macrina e Antonio Germano sono entrambi cittadini romani (col. I, 5-13, BGU. 114, I), come pure Longino (col. III, l. 11-22), e, secondo ogni probabilità, anche Iulius Martialis, già Isidoro cittadino alessandrino (col. IV, 1-15), invece Cassio Gemello che ha preso in moglie Χαιμβόις è forse un soldato peregrino (col. I, 14 - III, 10), e certamente lo è Ottavio Valente (col. V, l. 6 seg.) e forse la stessa Cassia Secunda da lui presa in moglie (col. IV, 16; V, 26). - V. su ciò MEYER nell'*Arch.* cit., p. 76, 78 seg., 81 seg., 85 segg.; e in *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, 21, p. 59 seg.; cfr. WILCKEN, *Arch.* cit., 4, p. 129 segg.

il diritto romano, come anche l'altra controversia tra essa e i κατηγοροῦντες circa la rivendita degli schiavi da parte del fisco, come appartenenti al *bonum vacans* del veterano Acuziano (a cui si oppone Cornelia, poichè la donazione che appare come vendita, è nulla tra coniugi, ma non tra concubini), sulla quale controversia Giuliano decide, come par probabile, distinguendo il periodo del servizio, in cui il matrimonio non era valido, da quello posteriore [1]). Ora appunto Cornelia domandava la restituzione del *deposito* (παρακαταθήκη) di un talento, fondandosi sulla circostanza, da essa addotta, che non essendo congiunta in valido matrimonio ad Acuziano finchè era stato soldato, non poteva trattarsi di dote, ma l' idiologo [2]) respinge il *mutuo* (τὸ ἀναγνωσθὲν δάνειον ἐκβάλλω), ossia l'azione di mutuo, evidentemente, perchè Cornelia aveva dato la somma a titolo di dote e questa non può esservi se il matrimonio è *iniustum* (παράνομος). L' idiologo Giuliano adunque aveva fatto mentalmente questo ragionamento: quel che la parte adduce essere un deposito sarebbe caso mai un mutuo, poichè si tratterebbe di un deposito di *somma*, non di *species*, ma la somma equivalente ad un talento non è stata data, secondo l'intenzione delle parti, nemmeno a titolo di mutuo, ma come dote di denaro, la quale appunto è data soltanto coll'obbligo della restituzione del *tantundem* (Gai., fr. 42 D. 23. 3; cfr. Paul., in *Vat. fr.* 101). Le parti nel documento avevano mascherato una dote in denaro chiamandola *deposito*, come nella specie esaminata da Paolo (fr. 27 D 16 3), dove il padre che unisce la propria figlia con un *servus alienus, ei (cui) etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit*; al decidente però non isfugge che dovrebbe, caso mai, parlarsi di mutuo.

Perciò io sono di gran lunga più proclive a ritenere che si tratti di un deposito di denaro coll'obbligo della restituzione del *tantundem* anche nel documento latino dell'a. 167 d. Cr., appartenente alla collezione dei tritici transilvani (C. I. L., III, p. 949, XII; Girard, *Textes* [3], p 818), ove « *Lupus Carentis* dichiara di aver ricevuto da *Iulius Alexander denarios L commendatos quos ei reddere debet*

[1]) È molto dubbio il punto se le donazioni tra coniugi fossero valide secondo i varii diritti ellenici. V. in proposito Beauchet, III, p. 138 sgg.

[2]) Sulla competenza dell' ἴδιος λόγος, v. Meyer, *Festschrift für Hirschfeld*, p. 131 sgg., e nell'*Arch.* cit. p. 86 sgg.; ma v. anche Wilken, in *Arch. f. Papyrus forsch.* 4, p. 129 sgg.

sine ulla contraversia». È notevolissima la coincidenza di questa ultima clausola con quella contenuta nei già citati documenti greco-egizii, ed è notevole altresì che, se è vero che non si parla di *usurae*, non vi è però il menomo accenno al modo con cui sarebbe stata fatta la consegna di questi *denarii*, accenno che, a mio avviso, non avrebbe dovuto mancare se si trattasse di un deposito di *species*, anzichè di *somma*; i depositi puri di denaro si sogliono almeno fare non aperti, ma chiusi (v. Alf. fr. 31 D. cit.). Certo Lupus Carentis dichiara di ricevere questi denari *commendati*, ma appunto *nihil aliud est commendare, quam deponere* (Ulp. 36 ad ed. fr. 186 D. 50. 16. 3); Pap. 9 quest. fr. 24 D. 16. 3), e come non era aliena dall'uso la voce *deponere* per indicare depositi di somme, anzichè di *species*, ben poteva non essere alieno da tale uso il vocabolo equivalente [1]).

E come, infine, dovesse essere non aliena dall'uso la parola *deponere* anche per altri negozi diversi dal deposito puro con facoltà di uso del denaro (mandato, società, mutuo) è provato da Ulpiano (fr. 7 § 2 D. 16. 3) il quale appunto avverte come non bisogna confondere il caso del deposito da quello di altri contratti, che nell'uso dovevano andare sotto lo stesso nome [2]).

4. Questi richiami e queste considerazioni non mi sembravano del tutto vane di fronte alle due recentissime esegesi dei celebri passi di Papiniano (fr. 24 D. 16. 3 e fr. 25 § 1 D. eod.), il primo dei quali, come opportunamente osserva il Longo (p. 135), inizia appunto la serie di un gruppo di testi, tutti appartenenti alla massa papinianea (fr.i 24, 25 § 1, 26 § 1, 29 § 1 D. 16. 3), che costruiscono la dottrina del deposito irregolare [3]).

Consideriamo anzitutto il fr. 24, sulla interpretazione del quale erano già incerti e discordi gli scoliasti bizantini [4]).

> Pap., l. 9 quaestionum: «Lucius Titius Sempronio suo salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac

[1]) V. più avanti, a p. 218, n. 1, a p. 219 n. 1. Circa la clausola *sine ulla contraversia*: cfr. fr. 5 § 3 D. 13. 1; fr. 41 § 14 D. 40. 5.

[2]) V. Niemeyer, op. cit., p. 69 seg.

[3]) Secondo la tabella del Bluhme (*Zeitschr. f. gesch. RW.* 4, p. 459), tutti i frammenti del titolo 16. 3, dal 24° al 31° appartengono alla massa papinianea.

[4]) V. Basil. ad h. fr., Hb. II, p. 52-53. Secondo la barocca interpretazione data nel testo dei Basilici, se si è pattuita la restituzione dell'*idem*, c'è azione di de-

epistula manu mea scripta tibi notum facio; quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo». Quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem redderetur convenit egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur».

È opportuno vedere anzitutto se o in quale misura concorrano indizi estrinseci a legittimare il sospetto che i compilatori abbiano messo le mani in questo passo. L'uso di *terminus* in senso traslato è certo inconsueto e forse non appare in altri passi dei giuristi classici, mentre, come risulta dal prezioso vocabolario del Longo, è frequente in Giustiniano, ma per sè stesso non giustifica affatto il so-

posito e sono dovute le usure soltanto *post moram*, salvo patto iniziale d'usure (!); se si pattuisce la restituzione del *tantundem*, non c'è azione di deposito. L'Enantiofane però qui distingue fra il denaro e le altre cose fungibili (richiamandosi per queste al fr. 2 D. 12. 1, per quello ai fr.[1] 25 § 1 D. h. t. e 31 D. 19. 2); per il denaro, benchè il contratto oltrepassi i confini del deposito, ci sarebbe l'*a. depositi*, per le altre cose fungibili ci sarebbe la *condictio ex mutuo* (V. sch. f. II, 124). Secondo Giovanni Nomofilace (sch. ἐὰν συμφωνήσω), se si conviene la restituzione dell'*idem*, c'è azione di deposito; se del *tantundem*, non c'è azione di deposito, e non si debbono le usure *ante moram*, se non siano state pattuite *ab initio*, benchè l'*officium iudicis* valga quanto la *stipulatio* delle usure. Cirillo e Stefano qui riferiti spiegano il passo nel senso che se si conviene la restituzione del *tantundem*, ciò παρεῤξέρχεται τὴν ἀκρίβειαν τοῦ δεποσίτου, e sono dovute le usure *ex mora* ed *ex pacto*, non già per il semplice uso del denaro, malgrado la latitudine dell'*officium iudicis*. Cirillo e Stefano, alla loro volta, distinguono, come ho già notato, il deposito con facoltà d'uso, che sarebbe mutuo (e in cui le usure non sarebbero dovute, secondo Stefano, certo nemmeno *post moram*, ma però *post litis contestationem*: ad fr. 24, sch. Τίτιος: Hb. II, 52), dal deposito dove ciò non è espresso, ma risulta implicitamente, quindi nel caso in cui si convenga la restituzione del *tantundem* e, si può aggiungere, nel caso in cui nell'atto del deposito si pattuiscano usure.

spetto che tutto il brano e la frase « ea res egreditur depositi notissimos terminos » sia interpolata. Anzitutto è nota l'equazione fra *terminus* e *finis* (v. Forcellini, *Lexic.* h. v., e Dirksen, *Manuale*, v.° *finis*); inoltre non potrebbe far meraviglia l'uso di *terminus* in senso traslato nè in Papiniano, che parla di *limen* e di *exordium contractus* (v, ad es., Vat. fr. 12, 9, 14), [1]) nè in altro giureconsulto classico del tempo dei Severi, come Ulpiano, che in fr. 7 § 5 D. 2. 14 usa *ingressus contractus* (interp.?), o del tempo degli Antonini, come Gaio, che in fr. 8 D. 33. 1 usa *ingressus anni*, o in giureconsulti che, come Papiniano, Ulpiano, Paolo, usano frequentemente in senso traslato l'aggettivo *superfluus*, che del resto si incontra anche in Scevola e Terenzio Clemente [2]); giova anche considerare in genere come il linguaggio figurato, particolarmente prediletto a Papiniano, non è punto alieno dall'uso degli altri giuristi del suo tempo [3]). D'altro canto va notato che la frase in questione è del tutto simile, quanto al senso, a quella che si trova in Paul. fr. 26 § 1 D. eod (*eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere*), di cui nessuno, che io sappia, ha mai contestata la genuinità [4]), e che il verbo *egredi* si trova una sola volta nelle costituzioni giustinianee, dove invece ricorre frequentemente *excedere* (v. Vocab del Longo) [5]). *Actio tenet* non si trova mai una

[1]) Cfr. in Pap., fr. 76 § 3 D. 31: « veritatis primordium », fr. 45 § 1 D. 41. 3: « usucapionis primordium ».

[2]) V. Kalb, *Rom's Juristen*, p. 23; Leipold, *Ueb. d. Sprache d. Jur. Aem. Papin.* p. 49; Costa, *Papin.* I, p. 319.

[3]) Costa, *Papin.* I, p. 309 sg.

[4]) Per l'uso di *finis* e *terminus* accanto a *modus* e per la sinonimia dei vocaboli, v. Forcellini, *Lexic* h.° v.°.

[5]) Cfr. Gai. IV, 57: *condemnationis fine, quam iudex egredi non potest*; e d'altro canto Afric. fr. 24 D. 19. 5: *quod ipsum ius causam pecuniae creditae excedat*; Cels. fr. 48 § 2 D. 17. 1: *iam extra formam mandati est.* Certo, frasi al tutto simili s' incontrano in Stefano, a proposito della *condictio certi* (ad fr. 4 §§ 1. 2 D. 12. 1; Hb. II, 591 « φυλάττει πάντως τοὺς ἰδίους ὅρους [*servat suos fines* o *terminos*] — παρεκβαίνει τοὺς ἰδίους ὅρους [*egreditur* o *excedit fines* o *terminos suos*] »; v. su questo scolio le importanti osservazioni del Longo, *Natura actionis nelle fonti bizantine*, « Bull. », 17, p. 63). Ma non è punto improbabile che esse siano reminiscenze dei testi del Digesto, come sono copia fedele della frase del nostro passo e di quella simile del fr. 26 § 1 di Paolo l' ὑπερβαίνειν τοὺς ὅρους τοῦ δεποσίτου nello scolio 4 [di Stefano] ad fr. 26 § 1 D. 16. 3; il παρερχέρχεται τοὺς ὅρους τ. δ., ripetuto due volte, nello scolio di Stefano, ibid. (Hb. II, 54) e il παρεκβαίνει τὸν ὅρον τοῦ δεποσίτου τὸ συνάλλαγμα nello scolio di Stefano ad fr. 28 D. eod. (Hb. II, 56).

volta in Giustiniano, come non vi si trova *stipulatio, obligatio tenet*, e dove, d'altra parte, è così frequente *tenere* nel senso di *valere* (v. Voc. del Longo), mentre si trova invece ripetutamente in Papiniano e negli altri giuristi del tempo dei Severi (Vocab. iur. rom. v. *actio*, col. 117, l. 34-38). *Lex contractus* è usata da Papiniano in Vat. fr. 8 e nel fr. 8 D. 19. 5, e non s'incontra in altri giureconsulti (Vocab. iur. rom., v. *contractus* c. 999) [1], nè mai, una sola volta, se è esatto il riscontro da me fatto delle voci *lex* e *contractus* nel vocabolario del Longo, nelle costituzioni di Giustiniano. *Natura depositi* risponde a *natura contractus* in Papiniano riferito da Ulpiano (fr. 7 § 5 D. 2. 14). Quest'ultima locuzione non s'incontra mai altrove nel Digesto, e s'incontra due volte in Giustiniano, in relazione però a *contractus* speciali (*venditionis* ed *emphyteuseos*: L. 2 § 1 C. 7. 17; § 3 I. 3. 24). Nel Digesto si trova anche *natura mandati* (fr. 5 § 4 D. 19. 5 «et potest mandatum ex pacto naturam suam excedere»), ma il passo è certo interpolato, e il dubbio riguarda soltanto l'estensione e la portata dell'interpolazione (v. Naber, p 61); inoltre *natura acceptilationis* (Iul. fr. 5 pr. D. 18. 5); *obligationis* (Pap. fr. 9 § 1 D. 45. 2; Iul -Ulp. fr. 5 D. 46. 1); *negotii* (Arc. Car. fr. 21 § 3 D. 22. 5 «*natura n*[i]. = *n*[i]. *qualitas*»). Però, malgrado la straordinaria predilezione di Giustiniano per tale vocabolo [2], all'infuori dei due passi citati, non lo

[1]) *Lex-contractui* si avrebbe in Pap., Vat. fr. 11, se si dovesse leggere, anzichè *contractus* secondo i Codd., *contractui* secondo la relazione ulpianea in fr. 13 § 26 D. 19. 1, che riproduce il passo con lievi varianti, inoltre in Ulp. fr. 7 § 5 D. 2. 14, ma il passo è sospetto (PERNICE, *Labeo*, III, p. 23, n. 4).

[2]) Dall'esame dei relativi passi (V. Vocabolario del Longo, v. *natura*) appare che in una serie numerosa di questi *natura* significa l'ordine naturale delle cose, ossia le leggi naturali e i loro effetti (in particolare, i rapporti e gli affetti naturali) ed in tal senso è bene spesso personificata (natura producit, efficit, progenuit, permisit, edit, creat, adregat, etc.); in un'altra serie pur numerosa di passi indica qualità, condizione, modo di essere, struttura (di diritti reali, obbligazioni, negozi giuridici, azioni, eccezioni, ecc.), determinato dalle corrispondenti norme giuridiche (così abbiamo: natura debiti, usus fructus, habitationis, actionis, b. f. iudiciorum, exceptionis, liberalitatis, causae, patronatus, contractus, casus, iudicati, libertatis [relictae], legatorum, fideicommissorum, stipulationis, patris [sc. condicio]. Nella L. 23 pr. C. 4. 35 abbiamo anche «natura dispositionis» e nella Nov. 136 c. 5 «ἡ καθόλου φύσις τῶν νόμων τῶν ἡμετέρων» («universa natura legum nostrarum»), col significato di «carattere delle norme giuridiche, quale risulta dai principii a cui s'informano». Per il significato e la portata della *natura actionis* in Giustiniano e nelle fonti bizantine, v. le dotte e acute ricerche di LONGO, negli *Studi* in onore di V. Scialoja, I, p. 607 sgg., e nel *Bull. dell' Ist. di dir. rom.* 17, p. 34

troviamo nelle costituzioni giustinianee in collegamento con singoli contratti, eccettochè colla *stipulatio de dote* (L. 1 § 2 C. 5. 13 «novam naturam stipulatio de dote sibi invenit» [1]); mentre i giuristi bizantini coevi bene spesso parlano della *natura del contratto*, specialmente per dire che un dato patto eccede o no la natura di questo o di quel contratto, o è ad essa contrario [2]). La cacofonia risultante dal ravvicina-

sgg. Le tendenze speculative sono poi quelle che spingono Giustiniano a ripetere fino alla sazietà che egli ha impresso, che egli ha imposto, una sola natura ai legati ed ai fedecommessi, o al diritto d'entrambi (una natura utriusque iuris l. et f.), anzi, come perfino è detto, ai legatari e fedecommissari, mentre la sua opera di legislatore ha consistito nell' introdurre un diritto comune ad entrambe le specie di disposizioni. E così Giustiniano, o meglio Doroteo, fa della teoria quando dichiara che Zenone *contractus emphyteuseos propriam statuit naturam* (§ 3 I. 3. 27), mentre Zenone aveva da un punto di vista pratico risolta la controversia sopra il *ius emphyteuticarium*, facendone un *ius tertium*, diverso da quello proprio della locazione e da quello proprio degli atti di alienazione (L. 1 C. 4. 66).

[1]) Diverso è il nesso nella L. 1 § 1 C. 7. 47 «casus quae habent certam quantitatem et naturam, veluti in venditionibus et locationibus et in omnibus contractibus».

[2]) Cito qui alcuni esempi, avvertendo che il Longo (*Bull.* 17, p. 17, n. 2) annuncia che in altro suo lavoro, del quale gli studiosi non possono non desiderare vivamente la prossima pubblicazione, tratterà della teoria degli scoliasti sulla *natura contractus*, aggirantesi intorno alla materia della responsabilità. V. e. g., Steph. ad fr. 1 §§ 6, 7 D. 16. 3 (Hb. II, p. 26 sch. 8) «καὶ γὰρ ἐπὶ τῶν β. φ. ἀγωγῶν ἐξ κοντινέντι πάκτα τὴν φύσιν ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος καὶ τὴν ἀγωγὴν μετατουποῖ; ibid. sch. ἐπὶ τῆς παραθήκης = ... ἰσχύσει τὸ πάκτον· ἄυξει τὴν δεπόσιτι (sc. ἀγωγῆς?) τὴν φύσιν ἐξ αὐτοῦ τοῦ πρόπου μου (?)»; Bas. 11. 1, c. 7 (ad fr. 7, §§ 3. 4. 5. 6 D. 2. 14; Hb. I, 564) «καὶ ἐπὶ τῆς πράσεως, καὶ τῶν λοιπῶν καλῇ πίστει [ἀγωγῶν?], τὸ παρὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, εἰ μὴ συγχρόνως ἐστὶ συμφωνούμενον οὐ συμβάλλεται τῷ ἐνάγοντι τῷ δὲ ἐναγομένῳ τίκτει παραγραφήν. ὅσα δὲ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος πράγματος μὴ τυχόντος συμφωνεῖται, ταῦτα καὶ τῷ ἐνάγοντι καὶ τῷ ἐναγομένῳ ὡς ἐνόντα συμβάλλεται κτλ»; ad h. fr. sch. 13 (Hb. I, 566) «.... παραγραφαί.... μετατουποῦσιν τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, δευτέραν ὥσπερ αὐτῷ χαριζόμεναι φύσιν κτλ.»; ibid. Cyr. (Hb. I, p. 568) «πῶς ἐπὶ τῶν κατὰ φύσιν (sc. τοῦ συναλλάγματος) οὐ δεώμεθα πάκτου ἰδιωτικοῦ, ἀλλὰ .... ἔχειν καθ' ἕνα συμφωνεῖν τὰ κατὰ φύσιν .... ἐπὶ δὲ τῶν παρὰ φύσιν (sc. συναλλάγματος) δεόμεθα πάκτου ἰδιωτικοῦ ....»; ibid. sch. 16 «.... κἂν ἐν τῇ ἀρχῇ καὶ τῇ συστάσει τοῦ συναλλάγματος, οὐ συνεφωνήθη τι ἐναντίον τῆς τοῦ συναλλάγματος φύσεως, ἀπηρτίσθη τοῦτο κατὰ τὴν ἰδίαν φύσιν»; Bas. 14, 1, c. 48 (ad fr. 48, §§ 1, 2 D. 17. 1; Hb. II, 128) «εἰ δέ, ἵν' ᾧτινι θέλῃς, δανείσῃς, καὶ σοι πραχθῇ, καὶ τοὺς τόκους λάβῃς, μόνος δὲ ὁ κίνδυνος εἰς ἐμὲ φέρηται, ὑπὲρ τὴν φύσιν ἐστὶ τῆς ἐντολῆς ....» [Cels. «iam extra mandati formam est»); cfr. sch. 5 ibid «.... ὑπερβαίνει τοῦτο τοῦ μάνδατι τὸν τύπον, καὶ οὐ κατέχομαι τῇ μανδάτι»; Anon. sch. 8 (Hb. ibid. 129) «Οὔτε γὰρ γρατούιτόν ἐστιν· λοιπὸν γὰρ οὐκ εἶπε, δάνεισον τῷθε, ἀλλ' ᾧτινι θέλεις.»; Steph. ad fr. 5, § 2 D. 13. 6 (Hb. II, 6; sch. 5) «καλῶς εἶπον, ἐξ ἀρχῆς. εἰ γὰρ μετὰ ταῦτα τὸ εἰρημένον ἐγίνετο σύμφωνον, οὐ μετα-

mento di *cum* a *convenit*, che avrebbe potuto evitarsi, non è però senza esempi nelle nostre fonti (Voc. iur. r., v. *cum*; cfr. c. 1124, l. 21) e l'uso di *convenit* coll'infinito passivo certo è assai meno frequente della costruzione coll'*ut* (Vocab. iur. r., v. *convenio* col. 1017-18),

τυποῖ τὴν ἀγωγήν, καὶ ἐπὶ ὠφελείᾳ τοῦ ἄκτορος παρὰ τὴν αὐτὴν φύσιν παρασκευάζει τὸ δεπόσιτι κινδυνεύειν καὶ ἀπὸ κούλπας, καὶ ἀπὸ τῶν τυχερῶν »; sch. 6 ad h. fr. (Hb. II, 7) « Ἐξ ἀρχῆς εἶπε διὰ τὸ παρὰ φύσιν εἶναι τὸ σύμφωνον· φύσει γὰρ ἤγουν νόμῳ ἐπὶ τῆς παρακαταθήκης τὰ τυχηρὰ τῷ δεσπότῃ κινδυνεύεται. τὰ δε παρὰ φύσιν εἰ μὴ ἐξ ἀρχῆς, ἀλλὰ μετὰ τὸ παραληφθῆναι τὴν παραθήκην συμφωνηθέντα οὐδὲν ἰσχύει. φησὶ γὰρ ὁ κανών· τὰ παρὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, εἰ μὴ σύγχρονά εἰσι συμφωνούμενα, ἀγωγὴν οὐ τίκτουσιν, ἀλλὰ παραγραφήν »; Steph. ad fr. 24 D. 16. 1 (Hb. II, 52 sch. 1) « ὡς ἐναντιοῦται τῇ καλῇ πίστει καὶ τῇ φύσει τῆς δεπόσιτι ἡ τῶν τόκων ἀπαίτησις, μόρας μὴ γενομένης »; e di nuovo Steph. ad fr. 26, § 1 D. eod. (Hb. II, 54) « ὡς τοῦ συμφώνου παρὰ τὴν ἀγαθὴν πίστιν καὶ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος γεγενημένου »; Bas 20, 4, c. 7, them. 4. 5 (Hb. II, 380) « δυνατὸν γὰρ τὴν φύσιν τῆς ἐντολῆς ἀπὸ συμφώνου παρεξιέναι » (= fr. 5 § 4 D. 19. 5 « potest mandatum ex pacto naturam suam excedere »); Steph. ad fr. 6 § 6 D. 17. 1 (Hb. II, 75 sch. 12) « Ἐν τούτοις παραβαίνεται τοῦ μανδάτου ἡ φύσις, ἐπειδὴ μὴ γρατούϊτον εἶναι δοκεῖ τὸ μανδάτον, ma prevale la considerazione che il lucro eventuale è compensato dall'assunzione del *periculum*, con richiamo al fr. 10, § 8, D. 17. 1 »; sch. ad fr. 34 D. 17. 1 (Hb. II, 122, sch. 4) « Φυσικώτερον γὰρ ἐπὶ τοῦ δανείου, τὰς ἀπαριθμήσεις σκοποῦμεν, e ciò malgrado, si soggiunge, si ha mutuo quando si presta mediante delegazione del proprio debitore », cfr. Steph. ad fr. 9, § 8 D. 12. 1 (Hb. II, 599, sch. 18) « ἐφ' ᾗ φυσικώτερον τὰς ἀπαριθμήσεις σκοποῦμεν »; Steph. ad fr. 9, § 9 D. 12. 1 (Hb. II, 601, sch. 25) « καλῶς οὖν καὶ ἁρμοδίως ἄν τις τοῦ ἥρως Ἀμβλίχου κεκρημένος ῥήμασιν εἴποι, ὦ πόσα δύναται τῶν συναλλαγμάτων ἡ φύσις· ὦ πόσα δι' ἑνὸς μετασχηματίσται ῥήματος· ἅπαντα γὰρ τῷ τοῦ χρῆσαι μεταβέβληνται ῥήματι, δεσποτεία, νομή, συνάλλαγμα, κίνδυνος, ἀγωγή ». (Stefano quì riferisce le parole di Amblico, per dimostrare come possa la concessione dell'uso del denaro mutare il deposito in mutuo); Steph. ad fr. 15 D. 12. 1 (Hb. II, 611, sch. 5) « εὗρε γάρ τι κατὰ φύσιν τῷ δανείῳ παρεπόμενον, τὴν τῆς δεσποτείας λέγω μετάθεσιν ». In questo scolio Stefano tenta conciliare il fr. 15 cit. di Ulpiano col fr. 34 pr. D. 17. 1 di Africano, secondo il quale trova luogo l'*actio mandati*, mentre secondo Ulpiano trova luogo l'azione di mutuo, col costruire un'azione di mandato che assume il carattere dell'azione di mutuo, benchè non vi sia effettivamente passaggio di proprietà del denaro; Teofilo poi (ad fr. 34 pr. D. 17, 1; Hb. II, 121, sch. 1) dice soltanto che, in causa dell'assunzione del *periculum*, πλατύνεται γὰρ ἐνταῦθα ἡ φύσις τῆς μανδάτι, ma in sostanza essi danno la preferenza alla decisione di Africano, che si può ben considerare come quella accolta nel diritto giustinianeo. Il Longo (*Bull.* 17, p. 81) ritiene che l'elemento dell'assunzione del *periculum* sarebbe stato introdotto dai compilatori, giacchè il duplice accenno al *periculum* che si trova nel passo di Africano non gli sembra genuino, e Naber (p. 61, n. 1) pure sospetta l'interpolazione del brano finale *ut – debeat*. A me non pare abbastanza giustificata nè l'una nè l'altra opinione. Anche a prescindere dal ripetuto uso di *fore*, che si trova una sola volta in Giustiniano (§ 2 I. 1. 6; v. invece, ad es., Afr. fr. 21 D. 13. 6; Mela - Afr. fr. 39 D. 46. 3; cfr. Gai.,

ma qui poteva essere particolarmente suggerito dallo studio di evitare una doppia cacofonia nel giro di così breve frase (cum convenit - ut tantundem). *Constituere* coll'*ut* in senso finale, non si trova in altri passi di Papiniano, dove è sempre usato coll'accusativo e l'infinito (Voc. iur. r., v. *constituo*, c. 945 sgg.), salvo forse nel fr. 5 pr.

III, 13, dove il *fore* è sostituito in § 6 I. 3. 2 da *extiturum*; Scaev. fr. 37 § 4º D. 32; Ulp., fr. 3 D. 39. 5; fr. 10 §§ 6, 7 (?), 12, 17 D. 42. 8) e dal *quamvis*, pur raro in Giustiniano, è ovvio che al pensiero del giureconsulto, il quale trovava che qui non c'era mutuo e dava l'*a. mandati*, donde la conseguenza che erano validamente convenute le usure, dovesse farsi presente anche il problema dell'onere del *periculum* (cfr. Afr. fr. 24 D. 19. 5 e Ulp. fr. 11 pr. D. 12. 1). Ed era pure molto naturale l'osservare che, sebbene il *periculum* trapassi qui come nel mutuo, a differenza di quel che avviene nel mutuo siano dovute per semplice patto le usure. Anche nel fr. 24 D. 19. 5, il quesito riguarda soltanto la specie dell'azione per ottenere la restituzione della differenza fra gl'interessi riscossi e i pagamenti fatti per conto del mandatario, e nondimeno Africano s'indugia a parlare dell'azione che vi sarebbe per il capitale e del punto relativo alla responsabilità dell'accipiente. E si spiega molto bene che nel nostro fr., trattandosi di un negozio del tutto affine al mutuo, dove il mandatario aveva chiesto *pecuniam creditam sibi cum usuribus semissibus*, Africano dovesse ritenere aggravata la responsabilità precisamente come nel mutuo: sarebbe stato un formalismo di cattiva lega, a parer mio, se egli avesse negato il passaggio del *periculum* solo perchè non c'era stato un patto espresso apposito, mentre la conventio, *tacito intellectu* (cfr. Scaev. fr. 60 § 1 D. 17. 1), non poteva dar luogo a dubbi in proposito ed è riconosciuto che l'offrirsi spontaneamente per un negozio gratuito basta ad aggravare la responsabilità (Iul. fr. 1 § 35 D. 16. 3; cfr. fr. 17 § 1 D. 19. 5 [Lab.-Pomp -Ulp.]; Paul., *sent.* II, 4. 4) e che lo stesso *deposito puro* di denaro può, anche senza patto apposito accompagnarsi alla responsabilità per l'*omne periculum*, quando concorrano le circostanze indicate da Ulp. fr. 4 pr. D. 12. 1 (*hoc depositum periculo est eius qui suscepit nam et qui* rell.: cfr. gli scolii [di Cyr., di Steph., dell'Anon.] a questo frammento (Hb. II, 590), fr. 11 pr. D. eod., fr. 17 § 1 D. 19. 5; Windscheid, *Pand.* II[8] § 378), e anche da Giuliano in fr. 1 § 35 D 6. 3, se ivi l'attenuazione del significato di *periculum* è giustinianea, come lo è certamente in fr. 36 § 1 D. 3. 5 [cfr. Paul, *sent.* I, 4. 3]. Se non erro, qui di bizantino c'è soltanto l'apprezzamento ed il commento; Africano constatava soltanto che passa nel mandatario l'onere del *periculum*, come nel mutuo, i bizantini invece vi ravvisano un'azione di mandato che riveste il carattere di un'azione di mutuo. Diverso è il caso nel fr. 24 D. 19. 5; qui Tizio *triginta dedit* a Sempronio, non *credidit*, e il negozio è diretto in prima linea all'amministrazione di un capitale per conto di Tizio, nè vi era affatto secondo il senso del contratto, ragione di deflettere dalla regola che il *periculum* non grava sul mandatario. Perciò Africano osserva: *quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil eo nomine praestare debere* (un passo, sia detto per incidenza, che parrebbe favorire la tesi della normale responsabilità del mandatario circoscritta al dolo, almeno per il primo periodo classico). V. su questo passo: Cuiacio, *opp.* IV, c. 353 sgg. Prati; Gradenwitz, *Interpolationen i. d. P.* p. 141 sgg., e cfr. Afr. fr. 17 pr. D. 15. 3.

D. 50. 8, dove, a mio parere, l'*ut* si collega non all'*ita*, ma a *constitutum* (il passo è però d'incertissima lezione e variamente interpretato), ma, anche a prescindere da questo passo, tenuto conto della considerevole frequenza di questa costruzione accanto all'altra nei giureconsulti classici [1]), non si può certo scorgere in essa un indizio, per quanto lieve, d'interpolazione [2]).

In conclusione: bisogna riconoscere che nè la lingua nè lo stile del passo accusano l'opera dei compilatori e non è quindi da indizi esteriori corroborata la congettura che il passo abbia subito profondi mutamenti per opera loro, o siano da attribuirsi ad essi considerevoli aggiunte, per quanto non si escluda che non di rado i giustinianei manifestano la loro grande reverenza verso Papiniano, rimaneggiandone i testi con particolare cura ed abilità. Ed ora rivolgiamo la nostra attenzione al contenuto sostanziale del passo.

Occorre dire anzitutto che la sua sede originaria, come senza dubbio anche quella del fr. 25 § 1 D. h. t., sotto la rubrica *depositi*, non ci danno argomento sicuro per indurne che Papiniano accordasse l'*a. depositi*: basti in proposito considerare che anche Paolo, in *sent.* II, 12. 9 = *Coll.* X, 7. 9, sotto il titolo del deposito, nega che si abbia un deposito e afferma invece il mutuo, e che lo stesso, nel fr. 27 D. 16. 3, a proposito dell'*a. rei uxoriae*, nega che vi sia quest'azione. Quindi la sede dei passi lascia la questione impregiudicata. Ma, a mio avviso, è del tutto incredibile che Papiniano possa avere, senz'altro, tratto dal tenore dell'epistola sottoposta al suo esame l'illazione che qui si trattava di un deposito puro. Si noti che malgrado i nomi convenzionali delle parti, il caso ivi esaminato non era un esempio di scuola,

[1]) In Cels. fr. 38 D, 1. 1 «*constituimus vero - ut* etc.» è fortemente sospetto (v. però contro: KALB, *Die Jagd n. Interp.* p. 28 sg.). ERMAN (*Zeitschr. d. Sav. Stift.* 25, p. 362, n. 1), che pure ritiene genuino nel resto il passo (quindi, tra l'altro, anche il «malitiis indulgendum est», malgrado la grande somiglianza colla frase di Iust. L. 2 § 1 C. 4. 27 «neque - malignitati servorum indulgendum est» e di Iust. L. 19 pr. C. 5. 3 «indulgendum est namque consensui etc.»), ritiene però tribonianeo il brano «constituimus - potestas». Devesi in ogni modo notare che se qui abbiamo un *constitui* coll'*ut* giustinianeo, invece in Iul. fr. 51 § 2 D. 9. 2 è molto sospetto il *constitui* coll'accusativo e l'infinito.

[2]) Quanto alla frase del nostro passo «et est quidem constitutum in b. f. iudiciis», cfr. Ulp. fr. 37 D. 22. 1 «ut est in b. f. iudiciis constitutum», e Paul. *sent.* 1, 4. 3 «hoc enim in b. f. iudiciis servari convenit», che fu soppresso dai compilatori (fr. 36 § 1 D. 3. 5).

ma un caso pratico, come giustamente osservano anche il Naber (p. 61) ed il Longo (p. 131), e come è provato già dal *respondi*[1]); tanto più dunque si deve dire che gli elementi per la decisione non possono essere desunti che dal tenore dell'epistola, poichè Papiniano non avrebbe omesso d'indicare quali altri elementi di fatto influivano sulla sua decisione, se questa non si accordasse col tenore del documento. Ora appunto il testo dell'epistola « HS C nummum quae hac die commendasti mihi *adnumerante servo Sticho actore* esse apud me etc, *quae* quando voles et ubi voles confestim tibi *numerabo* » era, ognuno ne converrà, il meno adatto a far ritenere che si trattasse di un deposito puro; non soltanto si trattava di un deposito aperto di denaro (*adnumerante* s. S. a.), e di un deposito da restituire *ubi voles*, patto che sarebbe eccezionale per un deposito puro (cfr. fr. 12 § 1 D. 16. 3), ma la restituzione è anche definita espressamente *numeratio* (non è detto *reddam*, ma *numerabo*[2]). Tutto parla adunque per un deposito di cose *quae numero constant* considerate come tali).

[1]) V. Krüger, *Histoire des sources*, p. 177 sgg. Lo stesso si dica del caso esaminato da Paolo nel fr. 26 § 1 eod., malgrado l'uso dei nomi convenzionali romani, sostituiti ai nomi greci delle parti.

[2]) Circa il significato tecnico costante della voce *adnumero* nelle fonti giuridiche, v. *Vocab. i. r.* h. v. sub I. Cfr. il Forcellini-De Wit e il *Thesaurus l. l.*, h. v.). - Molto significante è anche in proposito, circa il *numerabo*, il fr. 1 § 33 D. 16. 3 (Iul.-Ulp.), dove appunto, per il caso in cui il depositario dia al *dominus* il denaro ricevuto dal servo per ottenere la sua libertà, si distingue l'ipotesi in cui egli ciò faccia conforme all'accordo col servo (*egoque dedero* etc.; il *teque certioravero* è probabilmente un emblema: Gradenwitz, *Interp.* p. 236), da quella in cui egli lo faccia per spontanea liberalità (*si vero quasi meam* [sc. *pec.*] pro libertate eius *numeravero*); nell'un caso, dice Giuliano, *reddidit*, nell'altro *non reddidit*; *aliud enim est reddere, aliud quasi de suo dare* (cfr. fr. 7 § 1 D. 20. 4). La parola *numerare*, anzichè *dare* o *reddere*, non è usata qui a caso; dove si tratta di un *quasi de suo dare* non interessa affatto rilevare che si sono restituite le stesse monete, o se invece si siano date altre monete. Del resto, nessuno dei testi che si sogliono addurre, all'infuori del nostro fr. 24 (fr. 9 § 9 D. 12. 1; fr. 38 pr. D. 15. 1; fr. 24 § 2 D. 42. 5; L. 8 C. 4. 34; fr. 18 § 1 D. 12. 1; fr. 3 § 6, 4 D. 13. 6; fr. 34 § 1 D. 17. 1; fr. 10 D. 12. 1 e fr. 1 §§ 34, 35 D. 16. 3), per provare che in diritto romano si riconoscesse un deposito regolare aperto di denaro, suffraga in alcun modo la tesi. Ben si comprende come l'*adnumeratio* o *numeratio* si faccia anche nei depositi puri di denaro, per determinarne l'ammontare, e come per converso, per motivi varii, possa avvenire che si consegni chiusa e sigillata una somma di cui s'intende concedere l'uso, ma un deposito di denaro in cui si rinunzi a qualsiasi mezzo di identificazione, ossia di riconoscimento e di controllo circa la restituzione integrale delle *species*, dei *corpora nummorum*, e tutto consista nell'*adnumeratio*

Ora, come si può credere che Papiniano si fondasse sull'equazione *commendare* = *deponere*, per indurne che malgrado il rimanente contesto, si tratta qui di un deposito puro? Appunto perchè *commendare* vale *deponere*, e *deponere* si usava benissimo, come abbiamo visto, e certo Papiniano non poteva ignorarlo, per designare depositi colla facoltà di restituire il *tantundem*, ciò significa che Papiniano, malgrado l'uso della parola *commendare* anzichè *deponere*, interpretava il negozio come se le parti avessero usato la parola *deponere*. Il Longo (p. 133) osserva che *commendare* nelle fonti giuridiche non appare mai usato se non a significare la consegna in custodia di una *res* da restituire in natura. Se anche così fosse, non sarebbe punto provato che il linguaggio dell'uso non si staccasse da questo senso ristretto [1]; è fuor di dubbio che anche per *deposito* si

(a questo si riduce in sostanza la distinzione fra depositi aperti e chiusi) contiene implicitamente, o senz'altro o per il futuro, la concessione dell'uso. Naturalmente i mezzi possono essere vari e più o meno idonei allo scopo: non bisogna intendere il passo di Alfeno (fr. 31 cit.) alla lettera, e lo provano le fonti stesse che ci parlano di depositi puri, in cui la possibilità del riconoscimento si ottiene coi mezzi più diversi (arca, cista, sacculus etc.). Ma significante è piuttosto il fatto che mai per depositi puri di denaro (pecunia, mercedes, poena, pretium: v. Vocab. iur. rom. v. *depositum*, c. 176, l. 20 segg.), la parola *pecunia* sia accompagnata dall'aggettivo *numerata* o *adnumerata*; appunto tale indicazione, senza ulteriori esplicazioni (v. Alf. fr. 31 cit.) sarebbe incompatibile coll'ipotesi che si tratti di depositi puri di denaro. Nè vale l'obbiettare (Niemeyer, op. cit., p. 20) che nel terzo caso configurato da Alfeno (fr. cit.): «*si ita datum esset ut in simili re solvi possit*», malgrado la confusione, la proprietà del grano non passa al nauta, come nel secondo caso, poichè un mutamento di proprietà avviene anche qui, in quanto per confusione tutto il grano cade in comproprietà dei più mercanti. Quanto ai fr. 30 § 6, 34 § 4, 51 D. 30; 37 D. 45. 1; 34 § 2 D. 20. 1; 7 § 1 D. 20. 4, addotti in sostegno, essi stanno piuttosto contro la tesi che il Niemeyer difende (p. 20 segg.). E infine, quanto al fr. 24, l'inciso *quod ita verum est* etc., che non è di Papiniano (v. più avanti), non si richiama tanto a quella forma di deposito di denaro che è configurata nella specie, quanto al deposito di denaro in generale; il brano dice infatti: «ciò è vero (cioè che si dà l'*a. depositi*) soltanto quando si è convenuta la restituzione dell'*idem*, ma non è più deposito quando si convenga la restituzione del *tantundem*, come è qui.

[1] Quanto al documento contenuto nella 1ª tavola del trittico di Transilvania (Bruns, *Fontes*[6], p. 313; Girard, *Textes*[3], p. 818, n. 2) ho già detto per quali ragioni io propenda a ritenere che ivi, come negli altri documenti sopra citati, si tratti di affidamento di denaro coll'obbligo della restituzione del *tantundem*. Il Longo (p. 134) osserva che dai termini non si rileva che esso non sia un deposito puro e quindi almeno riconosce che dal documento in sè stesso non si può trarre alcuna induzione circa il preteso angusto significato di *commendare* nell'uso degli affari.

intende in senso stretto la consegna di una cosa da restituire in ispecie, e nondimeno nell'uso si applicava largamente anche al caso in cui non fosse richiesta la restituzione dell'*idem*. E poichè si trattava d'interpretare ciò che hanno inteso le parti usando la voce *commendare*, Papiniano non avrebbe mai potuto dire: «poichè *commendare* non è altro che *deponere*, deve trattarsi di un deposito puro e semplice»; infatti, se le parti avessero parlato di *deponere*, l'illazione, questo è fuor di dubbio, sarebbe tutt'altro che certa Il ragionamento, data per vera la premessa[1]), varrebbe soltanto se nel testo dell'epistola ci fosse stato, anzichè *commendare*, *deponere*, e Papiniano avesse detto, che poichè *deponere* non è altro che *commendare*, c'è azione di deposito.

Non posso quindi convenire col Longo (p. 132) e col Naber (p. 63) che Papiniano rispondesse senz'altro nel senso che ivi si trattasse di azione di deposito per un deposito puro e semplice. Tutt'al più si potrebbe concedere, in ipotesi, che egli dichiarasse quella scrittura suscettibile di due diverse interpretazioni (restituzione dell'*idem* - restituzione del *tantundem*), oppure che egli avesse espresso il con-

[1]) Del resto, anche la premessa da cui il Longo parte per negare persino che un giurista classico avesse mai potuto dubitare di ciò che un negozio ove è usata la parola *commendare* sia da interpretarsi costantemente come un deposito puro e semplice, e che le parti non potessero avere usato tale parola per un deposito di somma, anche a voler concedere che il linguaggio dell'uso coincidesse perfettamente con quello dei giuristi, è, a mio avviso, ben lungi dall'essere dimostrata. Paolo, in *Coll.* X, 7. 4, dimostrerebbe, caso mai, che *commendare* non è senz'altro dare in custodia una cosa, perchè ivi è detto *rem custodiendam commendare*, ma del resto vale precisamente como l'*apud alium custodiae causa deponi* del § 3 (in entrambi i passi *custodia* è usata in senso lato, giacchè il depositario *custodiam non praestat*: Gai., III, 207; cfr. fr. 1 § 12 D. 13. 6); nè certo prova in contrario Ulp. fr. 14 § 4 D. 11. 7 «*ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum*»; nulla di diverso da *depositum* significa l'*alicui loco commendatum* in Paul., *sent.* I, 21. 4; in *sent.* II, 31. 21, *tibi commendavi* vale precisamente come *apud te deposui*, e così in fr. 83 (81) D. 36. 1. Ciò risulta anche da Mod. in *Coll.* X, 1 (se pure la rubrica è *de deposito vel commendato*, anzichè *de deposito et commodato*) e dalle due leggi di Diocleziano (LL. 6 e 9 C. 4. 34). Tutt'al più si potrà dire che in *commendare* viene maggiormente in risalto, in confronto di *deponere*, che è vocabolo più tecnico, il concetto di *consegnare* e *affidare*, ma consegnare ed affidare (come si dice oggi), e cioè *commendare* (come si diceva allora), si possono ben anco delle *somme*, perchè vengano restituite a richiesta. Oserei anzi dire che s'intende più facilmente la transizione dal senso della custodia della cosa di guisa che debba restituirsi la cosa stessa, all'affidamento della cosa in senso largo per la parola *commendare*, che per la parola *deponere*.

cetto che spetta l'azione di deposito soltanto quando si conviene la restituzione dell' *idem* e quindi nel caso presente non sarebbero dovute usure di alcuna specie[1]). È poi difficile credere che, secondo la mente delle stesse parti che posero il quesito, il caso dovesse essere quello di un deposito puro, poichè nemmeno alle parti poteva affacciarsi il dubbio che per un deposito dove è vietato l'uso del denaro (cfr. Naber. p 62) possano essere dovuti interessi *ante moram*: eppure il quesito verte sulle usure in genere, anzi più specialmente sulle usure anteriori alla mora, come il Longo stesso (pp. 132, 136) riconosce. Il dubbio appare invece ben più giustificato per il c. d. deposito irregolare, benchè sia vero che l'accipiente deve aver sempre pronta la somma per poterla restituire a richiesta.

Secondo il Longo invece (p. 131 sgg.) Papiniano avrebbe deciso essere questo un caso di deposito puro, e tutto il resto del passo, salvo il brano *et est quidem constitutum - dedit*, sarebbe stato introdotto dai compilatori, per arrivare a dire che nel deposito *ut tantundem reddatur* si dà l'a. depositi, ma che il patto iniziale d'usure deve essere osservato, benchè ciò contrasti alla natura dell'azione stessa. Cosicchè in sostanza i compilatori avrebbero mirato, coll' inserzione del brano *quod ita verum est - dicendum est* e coll'aggiunta finale *si tamen - servabitur* al passo papinianeo, che avrebbe parlato di un semplicissimo caso di deposito puro di denaro, a mettere in rilievo che è possibile, ma però anomalo, anche un deposito *cum convenit ut tantundem redderetur* e che in questo è efficace un patto iniziale di usure, per quanto un tal patto sia anomalo (p. 135 6). Ma contro tali congetture osta anzitutto, a mio avviso, la premessa donde esse partono: che, cioè, Papiniano abbia senz'altro spiegato la convenzione portagli in esame come un deposito puro: vi osta poi l'altra considerazione che, anche data per vera quella premessa, non si comprenderebbe come i compilatori avrebbero respinto (*in qua quaestione* etc.) l'opinione di Papiniano, che avrebbe implicitamente negato trattarsi qui dell'obbligo alla restituzione del *tantundem*, mentre essi, caso mai, più di Papiniano, dovevano essere indotti a passar sopra la forma del deposito. Ma osta ancora la considerazione,

[1]) Così è inteso, in sostanza, il passo nel testo dei Basilici (1. 3. 2. 24; Hb. II, 53) e dall' Enantiofane per le cose fungibili che non siano denaro (sch. 3 *ibid.*). V. p. 209, n. 4.

a mio avviso, non meno grave, che gli stessi compilatori avrebbero affacciato una difficoltà (*nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos*), che non ci si dovrebbe aspettare da loro [1]), per poi soggiungere che questo ostacolo non impedisce che si applichi l'azione del deposito. Perchè poi si dovrebbe ritenere tribonianea questa frase nel passo di Papiniano, ed invece genuina quella del tutto analoga (*eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere*) del fr. 26 § 1 di Paolo? [2]). E si badi che mentre nel caso del testo pauliano c'è anche la convenzione delle usure, qui è senza dubbio, semplicemente, il negozio con cui si conviene la restituzione del *tantundem*, anzichè dell'*idem*, quello che i compilatori dichiarerebbero eccedente i limiti del deposito. Sforza il senso naturale del passo ed è troppo sottile, se io non erro alla mia volta, l'osservazione del Longo (p. 136) che qui i compilatori riconoscerebbero e dichiarerebbero la trasgressione dai limiti del deposito, soltanto perchè la questione è posta anche sulle usure precedenti alla mora, giacchè non è la portata del quesito, ma quella del negozio che può venire e viene effettivamente in considerazione (*ram si* etc.) per dichiarare se esso rientri o no nei limiti del deposito. E per sè stessa la convenzione non avrebbe offerto ai compilatori motivo di segnalare l'anomalia del deposito di questa specie [3]), qui più che nei casi dei fr.i 25 § 1 e 29 § 1 D. h. t., dove pure essi non rilevano l'anomalia della figura, e in ogni caso essi avrebbero avuto qui minor motivo di rilevarla che nel caso del fr. 26 § 1 eod., dove è invece Paolo che dichiara addirittura che non vi è deposito, e Giustiniano, operando da legislatore, tempera a modo suo la rigida affermazione di Paolo. A tutto concedere, essi avrebbero dovuto riserbare in ogni caso questo rilievo nell'ultima frase, ove si fa l'ipotesi di una convenzione di usure. La frase in questione, non meno dell'altra di Paolo, allude adunque ad un negozio che in causa della convenzione relativa al *tantundem* non è più deposito, non già ad un negozio che sarebbe deposito irregolare o anomalo (cfr. fr. 48 § 2 D. 17. 1; fr. 24 *i. f.* D. 19. 5), e non può quindi attribuirsi, col restante brano, ai compilatori.

[1]) Così anche Naber, p. 63.

[2]) V. Longo, p. 129-30.

[3]) Dico *anomalia*, per adoperare le parole del Longo, che tal senso attribuisce alla frase, ascrivendola ai giustinianei, ma, a mio avviso, essa equivale perfettamente per il senso a quella di Paolo nel fr. 26 § 1 D. h. t.

Perciò, data per vera la premessa che Papiniano riconoscesse senz'altro trattarsi in quel caso di un deposito puro e che i compilatori abbiano mutato la decisione papinianea per adattarla alla figura del deposito irregolare, che si pretende da essi introdotta, parrebbe piuttosto da preferire la congettura del Naber (p. 63 sg.). Secondo il Naber, sarebbe dei compilatori non tutto il periodo *quod ita - dicendum est*, ma soltanto il brano *in qua quaestione si depositi actio non teneat*, da cui si rileverebbe l'intenzione di ammetterla anche nel caso di una convenzione diretta al *tantundem*, oltre il brano finale *si tamen - servabitur*, mentre i due brani *quod ita verum est - terminos, cum convenit - dicendum est* dovrebbero ritenersi come una nota antegiustinianea [1]).

Ma esclusa la prima premessa ora ricordata, che cioè Papiniano riconoscesse senz'altro trattarsi nel caso di un deposito puro, per arrivare alla conclusione che Papiniano non riconoscesse la figura del deposito irregolare, bisognerebbe supporre che egli avesse scritto semplicemente « vi è l'azione di deposito in caso di convenuta restituzione dell'*idem*; se invece è convenuta la restituzione del *tantundem*, il negozio oltrepassa i limiti del deposito, e poichè tale è il caso presente (p. es. " in qua quaestione, *cum* depositi actio non teneat [quia o *cum* convenit tantundem non idem reddi " [2])]), non si può dire facilmente [3]) che si possa tener conto di usure ». Ma si dovrebbe allora ritenere interpolato non solo il brano *quid est enim aliud commendare quam deponere* (il che, a mio avviso, non farebbe difficoltà), ma anche il *quod ita verum est*, il che contraddirebbe alla supposta intenzione dei compilatori d'introdurre il deposito irregolare, ed inoltre tutto il brano *et est quidem constitutum* sino alla fine.

[1]) Naber (loc. cit.) è proclive ad attribuire il primo brano a Paolo, a cui appartiene il responso del fr. 26 § 1 D. 16. 3 depurato dall'emblema *et ideo - possunt*; quanto all'altro brano egli dice soltanto « antiqua nota est ».

[2]) Il *non idem* anche secondo il Niemeyer, op. cit., p. 45. tradirebbe l'origine bizantina; a rigore parrebbe escludere che l'obbligazione diretta alla restituzione del *tantundem* non potesse essere soddisfatta anche colla restituzione dell'*idem*. Del resto si potrebbe anche supporre che il periodo *cum convenit - reddi* fosse un glossema penetrato nel testo.

[3]) Circa il *non facile*: v., ad es., Pap. fr. 63 D. 6. 1 (cfr. fr. 1 pr. D. 20. 1; fr. 6 pr. D. 48. 5); Pomp. fr. 16 D. 13. 1; Paul., fr. 19 pr. D. 5 3; Tryph. fr. 19 § 5 D. 49. 18; Antonin. in Marcell. fr. 7 pr. D. 4. 1; Pomp.-Ulp. fr. 39 § 7 D. 3. 3; in Ulp. fr. 1 § 5 D. 42, 6 tutto il brano da *nisi si*, se non anche da *sed nullum*, è gravemente sospetto.

In conclusione, tutte queste congetture, per ragioni varie, ma a mio parere ugualmente gravi, mi paiono inaccettabili. A mio avviso, Papiniano, pur riconoscendo nella specie convenuta la restituzione del *tantundem*, ammetteva nondimeno l'*a. depositi* [1]), e ritengo tuttora più verosimile l'opinione secondo la quale il brano *quod ita verum est - dicendum est*, che non potrebbe attribuirsi, almeno integralmente, nè a Papiniano, nè ai compilatori, sia una nota divergente di Paolo o di Ulpiano, i quali appunto non volevano riconoscere la figura del deposito irregolare [2]). Penso tuttavia che i com-

[1]) In questo senso anche VANGEROW, *Pand.* [7] § 630, II, p. 419 sg.; BERTOLINI, *App. didatt.* (fasc. 3°), p. 353 sgg., che accoglie per intero la sua interpretazione; COSTA, *Papin.* IV, § 5, p. 68 sgg.; GIRARD, *Manuel.* [4], p. 530, n. 1.

[2]) Propende ad attribuire il brano per intero ad Ulpiano il DERNBURG, *Pand.* [6], III, § 93, n. 2 (trad. CICALA, p. 376); a Paolo o ad Ulpiano il LENEL (*Pal.* I, c. 830, n. 2; 1228, n. 5), pur sembrando più proclive ad attribuirlo a Paolo; a Paolo pensa del pari il NABER (p. 63), salvo le parole «in qua quaestione - teneat». Il NIEMEYER, op. cit., p. 36 segg., è proclive a ritenere che l'intero brano sia una annotazione critica apposta da un referente durante i lavori preparatorii del Digesto, e inavvertitamente penetrata poi nel testo, pur non escludendo la possibilità che il brano sia invece una nota ulpianea (v. p. 36 n. 8). COSTA, *Papin.* IV, p. 73, n. 6, ascrive pure quelle parole ad altro giurista ancora aderente all'antico concetto del deposito, ma chi possa essere questo annotatore egli non dice. Ora, la possibilità che il brano sia una nota di Paolo o di Ulpiano non è certo tolta di mezzo dal fatto che non si trova la normale indicazione *Ulpianus* o *Paulus* [*notat*]; un esempio simile aveva già scorto il Cuiacio, colla sua sagacia, nel fr. 42 § 2 D. 38. 2 (IV, 1101 seg. Opp. Prati), e così già Aloandro e dopo di lui il Cuiacio (loc. cit.) avevano avvertito che nel fr. 19 D. 29. 7 è innanzi alle parole *immo dumtaxat* deve essere caduta l'indicazione *Ulpianus notat*. Il COSTA stesso lo rileva nel bel capitolo che egli ha scritto sulle note di Ulpiano e di Paolo a Papiniano, nel I volume del suo *Papiniano* (p. 330), dove pure egli riconosce col Lenel che il brano in questione tradisce formalmente e sostanzialmente la mano di quei due annotatori. Ma poichè, secondo il Costa, Paolo riconoscerebbe il deposito irregolare, ne consegue che il pensiero del Costa, benchè non espresso, si rivolge ad Ulpiano. (A Paolo invece egli col Lenel preferisce attribuirlo, in *Bull.* 6, p. 270 [1894]). Per quel che ne penso invece io, le probabilità si bilanciano: entrambi i giureconsulti, a mio avviso, negavano la figura del deposito irregolare e la lingua e lo stile del brano non forniscono argomento per attribuirlo piuttosto all'uno che all'altro. Sarebbe erroneo credere che Ulpiano fosse alquanto tentennante circa la costruzione giuridica del c. d. deposito irregolare, perchè usa le parole *quasi mutua* nel fr. 9 § 9 D. 12. 1, mentre ivi la questione si aggira soltanto sul punto quando comincia ad esservi mutuo, come il credere che lo fosse Paolo per le parole che egli adopera in *Coll.* X, 7. 4 «pecunia... *mutua magis videtur quam deposita*». L'antitesi pauliana è fra *mutuo* e *deposito puro*, non già fra *mutuo* e *deposito irregolare*; infatti la proposizione che segue «*ac per hoc periculo tuo erit*», dimostra che egli non pensava affatto al deposito irregolare, dove si ha

pilatori, per togliere di mezzo la stridente contraddizione in cui essa veniva a trovarsi con tutto il rimanente del passo e renderla, per dir così, innocua, abbiano non soltanto soppresso il nome dell'annotatore (come hanno fatto altre volte), ma anche recato qualche altro mutamento al passo [1]), e cioè abbiano mutato il *cum* in *si*, prima della parola *depositi actio non teneat*, aggiungendo fors'anche *cum convenit - reddi* [2]). Quanto al brano *et est quidem - dedit*, nessuno contesta che esso appartenga per intero a Papiniano, mentre è ora fortemente contestata, come si vede, la genuinità della frase finale *si tamen - servabitur*. L'ascrivere a Papiniano il primo di questi brani non presenta certo maggiori difficoltà per chi sostiene che egli qui ragioni sopra un caso in cui riconosca convenuta la restituzione del *tantundem*, chè anzi, innegabilmente, il quesito principale, relativo alle *usurae temporis ante moram*, trova una spiegazione di gran lunga migliore se riferito ad un caso in cui si possa giuridicamente disporre delle monete, e la risposta di Papiniano nella sua concisione

pure la stessa conseguenza, ma al deposito puro. Ciò è per vero contestato dal MITTEIS, op. cit. p. 210, ma dato pure che il trapasso del pericolo non sia necessariamente connesso al passaggio della proprietà, non si comprende quale serio vantaggio potrebbe indurre il deponente a preferire un deposito infruttifero irregolare ad un deposito puro, se non fosse aggravata la responsabilità del depositario, che per diritto classico non va oltre il *dolus*: in tutti gli esempi che abbiamo passato prima in rassegna, è espressamente trasferito l'*omne periculum* nel depositario, ed è tanto più naturale questo effetto nel deposito irregolare gratuito, che in quello ad interesse.

[1]) Quanto alla possibilità di questa soppressione, v. nota precedente. Anche nel fr. 28 (27) § 2 D. 36. 1 le parole *et ideo si pupillo* etc. conterrebbero secondo il COSTA, *Bull.* 6, p. 269 segg., una nota di Marcello, donde sarebbe caduto il nome dell'annotatore; diversamente congettura il BONFANTE, *Ist.*,[4] § 208, p. 537, n. 3. Ma talora i compilatori fanno altre manipolazioni; p. es., spostano il nome dell'annotatore da un punto all'altro del passo, forse allo scopo di mettere sotto la sua autorità una loro decisione. Così, a mio avviso, è avvenuto nel fr. 26 (25) pr. D. 36. 1: la prima parte fino a *pertinere* è di Giuliano, le parole *sed an ea voluntas - puerí* non mi pare che possano essere sue e sono quindi probabilmente di Marcello; l'ultimo brano *sed testatoris voluntati congruum est - utimur*, è, io penso, per intero di Triboniano e la soluzione qui data è posta sotto l'autorità di Marcello.

[2]) Ritengo molto meno probabile che nel nostro passo il mutamento recato dai compilatori consista invece nell'inserzione della frase *si depositi actio non teneat*. Non parmi d'altra parte del tutto inverosimile che debbasi ai compilatori anche l'attenuazione della negativa *non est dicendum*, coll'aggiunta dell'avverbio *facile* (cfr. i passi citati a p. 222, n. 3 e l'uso di *non facile* nelle costit. giustinianee: L. 31 C. 3. 28; L. 18 C. 4. 20; L. 14 C. 1. 51; L. 1 pr. C. 6. 43; L. 1 § 1 a C. 7. 40; L. 5 § 2 C. 13. 3; L. 5 § 4 C. 7 63).

si adatta perfettamente a questa ipotesi: è, secondo il giureconsulto, *contra bonam fidem* pretendere interessi non moratorii da chi, dovendo sempre aver pronta la somma per poterla restituire a richiesta, non reca tanto un vantaggio a sè stesso, quanto al depositario al quale assicura la restituzione per qualunque evento (*qui beneficium in suscipienda pecunia dedit*). Ma vi è anche [*contra*] *depositi naturam* e va notato che alla frase *contra b. fidem et depositi naturam* si ricollega il brano finale, dove si riconosce nondimeno l'efficacia del patto iniziale d'usure. Quanto alla contestata genuinità di questo brano (*si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur*), considerata in sè stessa, la cosa non è certo scevra di dubbi. La risoluzione di questo punto esorbitava, è vero, dal quesito proposto a Papiniano, ma non è assolutamente inverosimile che in un libro delle sue *Quaestiones*, pur trattando di una *quaestio ex facto*, egli toccasse, per intima associazione d'idee, anco di un'ipotesi che sta fuori del caso pratico proposto [1]; inoltre, per le ragioni già dette, la locuzione *lex contractus* renderebbe proclivi ad attribuire anche quest'aggiunta finale a Papiniano; più ostico, come giustamente osserva il Longo (p. 132), è l'*ab initio* che salta fuori inopinatamente. Ma comunque, l'opinione di Papiniano doveva essere appunto quella espressa con tali parole; come un patto contemporaneo d'usure è efficace, applicandosi qui l'azione di deposito, era invece inefficace un patto posteriore, come tale che sarebbe diretto *ad augendam obligationem* e non poteva essere compenetrato in quell'azione [2]. Ma, d'altra parte, Papiniano aveva ben ragione di dire che anche in un deposito irregolare sarebbe *contra bonam fidem* pretendere usure non moratorie, quando non fossero state convenute, da chi reca già un *beneficium* al deponente *in suscipienda pecunia*, ma non già che il richiederle fosse anche *contra depositi naturam* (frase, la quale significa certamente che anche un patto di usure sarebbe contro la struttura del contratto di deposito, per cui esso è delimitato in confronto agli altri contratti: in particolare, in confronto al mutuo), poichè non fa difficoltà che chi già reca un *beneficium in suscipienda pecunia* ne rechi uno maggiore coll'obbligarsi alle usure. Perciò, io credo che la frase *et contra depositi naturam*, anzichè a Papiniano,

[1] Cfr. Krüger, *Histoire des sources*, p. 177 sgg.; Costa, *Papin.* I, p. 179 sg.
[2] V. Girard, *Manuel*[4], p. 598, n. 3.

come da tutti gli scrittori si pensa, sia piuttosto da attribuirsi a chi riteneva che il permesso d'uso, implicitamente contenuto nell'obbligazione di prestare interessi, converta il deposito in mutuo e, cioè, a quello stesso annotatore, il quale aveva detto che uguale effetto deriva dalla convenzione diretta alla restituzione del *tantundem*. Ora i giustinianei, come sembrano dimostrare le fonti greche, coeve o quasi coeve alla compilazione, non pare avessero difficoltà a riconoscere che un patto iniziale contrario alla struttura di un determinato contratto non mutasse senz'altro il nome e l'efficacia dell'azione, salvo gli effetti speciali del *pactum*, almeno entro certi limiti, e, soprattutto, quando non risultasse espressamente, ma implicitamente, tale contrasto: così qui, ove si tratterebbe della convenzione diretta alla restituzione del *tantundem*, o delle usure in un negozio qualificato deposito [1]); così in Ulp. fr. 5 § 2 D. 13. 6 («nisi forte et merces accessit, tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur»), e sembrano quindi ammettere la figura giuridica di un deposito con mercede [2]). Del resto occorre anche notare che nel caso nostro già

[1]) Si ricordi come Stefano (ad fr. 29 § 1 D. 16. 3; Hb. II, 57) spiega il *permissus* del fr. 29 § 1 D. h. t., mettendolo così d'accordo cogli altri passi di Paolo e col fr. 24 di Papiniano.

[2]) Veramente i compilatori (a cui senza dubbio appartiene il brano *nisi forte - deponitur*: Eisele, *Z. S. St.* 11, p. 26) hanno accolto anche il fr. 1 § 8 D. 16. 3, ove Ulpiano dice trattarsi in tale ipotesi di locazione e il fr. 2 § 23 D. 47. 8 («vel *pretium depositionis non quasi mercedem accepi*»), parola di cui è però, come si vide, contestata la genuinità, ma dal contesto del fr. 5 § 2 cit., come dalle stesse spiegazioni dei greci, sembrerebbe doversi arguire che, malgrado questo patto, il negozio per essi continuasse ad essere deposito (V. Cyr. [ad h. fr.; Hb. II, 6] «Ἔνθα γὰρ διδόντα ὠφελεῖ τὸ συνάλλαγμα, δόλος μόνος ἀπαιτεῖται, ὡς ἐπὶ τοῦ δεπόσιτι, εἰ μὴ μισθὸς ἐδόθη, ἢ σύμφωνον γέγονεν περὶ κούλπας ἢ τύχης: sono adunque considerati alla stessa stregua il patto della mercede e il patto che aggrava la responsabilità, mentre questo senza dubbio è *extra naturam*, ma non *contra naturam*, o *iuris formam depositi* [v. *retro* p. 204, n. 1]; più nettamente poi si esprime l'Anonimo [ad fr. 1 § 8 D. 16. 3; Hb. II, 27], il quale, richiamandosi al fr. 5 § 2 D. cit., afferma che anche se è stabilita la mercede, ἔξεστι κινεῖσθαι τὴν δεπόσιτι, e il depositario è tenuto per dolo e colpa; più incerto pare Stefano, il quale al fr. 5 § 2 [Hb. II, 6], nota «Σημείωσαι, ὅτι ὁ δεπόσιτι μισθὸν λαβὼν οὐ μόνον ἀπὸ δόλου, ἀλλὰ καὶ ἀπὸ κούλπας ἤτοι διλιγεντίας κατέχεται τῷ παραθεμένῳ. ὁ γὰρ μισθὸν ἀπὸ πάκτου . . . . , ὡς ἔστιν μαθεῖν ἐν τῷ λοκάτι» [v. Gai., fr. 40 D. 19. 2], mentre, al fr. 1 § 8 D. 16. 3 [Hb. II, 27], osserva che il deposito deve essere gratuito, e quindi riconosce che l'azione nel caso di mercede è l'*a. ex conducto*, non l'*a. depositi*. Genuina invece è l'applicabilità dell'*a. de aestimato* al caso di mercede (fr. 2 D. 19. 3). È probabilissimo che ai compilatori debba attribuirsi, tra l'altro, anche il brano

prima era riconosciuto che si trattava di un deposito *ut tantundem redderetur*, cosicchè, ammessa la possibilità di tale deposito, come deposito, il patto di usure che si accoppia ad un deposito di questa specie è di quelli che i bizantini sogliono dichiarare *praeter naturam contractus* e tali che amplificano, accrescono l'azione, come i patti che aggravano la responsabilità (v. Steph. ad h. fr. sch. Τίτιος i. f. [Hb II, 52-3]). Perciò, da qualunque punto di vista si guardi la cosa, essi non avevano ragione sufficiente di sopprimere quella nota, e forse aggiunsero *ab initio* nel brano finale, se non anche l'intero brano [1]).

Passiamo ora all'altro passo papinianeo, il fr. 25 § 1 D. 16. 3:

> « Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est » (Pap. 3 respons.).

« et potest mandatum ex pacto naturam suam excedere » nel fr. 5 § 4 D. 19. 5 di Paolo (v. anche Naber, p. 61), ma l'*excedere* qui non può intendersi se non come una deviazione dai *naturalia negotii* (v. Cuiacio *ad h. l.*, V, 1627 sgg., *Opp.* Prati). I Basilici qui dicono τὴν φύσιν παρεξιέναι; ora, anche dove la convenzione sembra contrastare al requisito della gratuità del mandato, Stefano dice παραβαίνεται ἡ φύσις τοῦ μανδάτου, e così altrove, dalla preposizione παρά, sola od unita ad un verbo od all'altro, non risulta se la frase vada interpretata come *contra* o come *extra naturam*; l'*extra formam* è tradotto con ὑπὲρ τὴν φύσιν nel fr. 48 § 2 D. 17. 1 e nello sch. 5 ad h. fr. (Hb. II, 129) con ὑπερβαίνει τοῦτο τοῦ μανδάτι τύπον. Nettamente poi si trova detto *contra naturam contractus* (ἐναντίον τοῦ συναλλάγματος φύσεως), nello sch. 16 a Bas. 11. 1, c. 7 (ad fr. 7 §§ 2. 3. 4. 5 D. 2. 14) ed in Steph. al nostro fr. (Hb. II, 52, sch. « ἐναντιοῦται τῇ φύσει τοῦ δεποσίτου ») v. p. 177, n. 2.

[1]) Secondo il Longo (p. 136), i compilatori avrebbero utilizzato il brano papinianeo *et si quidem - dedit*, che si riferiva al deposito puro per riferirlo invece alla figura da loro introdotta del deposito irregolare, allo scopo di arrivare a dire che sono validamente pattuite le usure, poichè, secondo la teoria bizantina, il patto iniziale *format naturam actionis*, cioè ne amplia il contenuto senza distruggerla. Secondo il Naber (p. 63) il brano finale circa le usure sarebbe un'interpolazione del tutto simile a quella che si trova nel fr. 26 § 1 di Paolo. Non sono alieno dall'ammettere questa interpolazione; per il rimanente ho già esposto nel testo le ragioni del mio dissenso. Papiniano non esaminava un caso di deposito puro, nè come tale poteva riconoscerlo, nè il deponente, se non avesse concesso l'uso, poteva seriamente pensare di chiedere *usurae ante moram*, nè i giustinianei ebbero a mutare la decisione papinianea costruendo la figura del deposito irregolare sopra una fattispecie che si sarebbe invece riferita ad un deposito puro, serando nel passo, come si vorrebbe, quella parte che si sarebbe riferita ad un deposito puro, ma che pur avrebbe servito ugualmente per la pretesa nuova figura del deposito irregolare.

Anche questo passo, come il principio del fr., apparteneva certamente alla trattazione del deposito, e l'affermazione che sono dovute le usure (moratorie) mette fuori di questione che qui si tratta non di mutuo, ma di deposito. Quindi il passo riconfermerebbe nel modo più evidente che Papiniano riconosceva il deposito irregolare. Ma contro la forza probante di questo passo si è opposto anzitutto qualche dubbio circa la sua genuinità. Ora, non è certo indice d'interpolazione l'uso di *ad* in luogo di *in* nella frase *ad usus proprios convertit*, giacchè, sebbene Papiniano usi altrove *in* [*usus suos*] (fr. 1 pr. D. 22. 1) e sia questa senza dubbio la forma più comune (Vocab. i. r, v. *converto*), troviamo però in Ulpiano usato ripetutamente *ad* (fr. 10 § 3 D. 17. 1; fr. 9 § 3 D. 43. 24). Qualche maggior sospetto induce invece la collocazione non molto felice delle parole « ut tantundem redderet », come già osservò il Naber (p. 62) e ripete il Longo (p. 135 e n. 1); per vero quella frase non si può facilmente collegare per il suo posto a *depositam*, mentre il collegamento con *obsignatam* è anche più ostico. Ma, se non erro, è un correr troppo, anche se l'inciso fosse dei compilatori, volerne trarre la conseguenza che Papiniano parlasse di deposito regolare ed i compilatori l'abbiano alterato per riferirlo invece al deposito irregolare. La ragione dell'inciso, se tribonianeo, potrebbe ben consistere nell'intento di renderne più manifesto il riferimento, o di evitare l'interpretazione che si trattasse di deposito con permesso d'uso dichiarato non indirettamente, che, secondo le vedute dei compilatori, non era deposito, nemmeno irregolare, bensì mutuo. Sostanzialmente poi, contro il riferimento al deposito irregolare si è anche avvertito che qui, essendo almeno implicitamente consentito l'uso del denaro, non si comprenderebbe come tale uso potesse essere addotto quale presupposto della condanna alle usure moratorie, mentre tale condanna non può derivare dalla mancata restituzione delle monete, bensì della somma [1]). Ma non è punto forzata l'interpretazione, secondo la quale Papiniano intenderebbe con quelle parole di additare non un presupposto giuridico, ma una circostanza di fatto per la quale il depositario nel caso par-

[1]) V. già NIEMEYER, op. cit., p. 46 sgg., il quale adduce anche l'espressione *ad usus proprios* come argomento per indurne che le monete non diventano qui proprie del depositario prima della consunzione, quasichè non potesse essere impiegato proprio denaro a proprio uso, come ad uso altrui.

ticolare, non avendo nemmeno mezzi propri sufficienti, verrebbe a trovarsi nell'impossibilità di restituire la somma[1]. E quella circostanza, si noti, meritava un particolare rilievo, inquantochè nella stessa ipotesi, trattandosi invece di deposito regolare, a mio avviso, anche Papiniano doveva ritenere che il depositario fosse tenuto anche alle usure *ante moram*. Nè è poi trascurabile il fatto, che egli abbia messo anche in particolare rilievo che qui trova luogo il *iudicium depositi*.

Molto maggiori difficoltà presenterebbe invece il riferimento del nostro passo nel suo senso originario ad un caso di deposito puro. Certo, la *pecunia* poteva essere chiusa ma non *obsignata*: il passo di Alfeno (fr. 31 D. 19. 2) non esclude affatto che in tale ipotesi, bensì soltanto in quella dell'*adnumeratio*, si possa essere tenuti alla restituzione dell'*idem*. Ma la circostanza della mancata *obsignatio* non avrebbe avuto alcuna influenza, poichè, anche se il sacco era chiuso, ma non sigillato, il depositario che *sciens* usò del denaro (Gai., III, 196, 197) sarebbe tenuto alle *usurae totius temporis*, mentre, se non è *sciens*, verrebbe meno l'*a. depositi*, giacchè questa per diritto classico era circoscritta al caso del *dolus*[2]. E di nuovo, se il depositario *sciens prudensque* usò del denaro, non è credibile che Papiniano dichiarasse essere il depositario tenuto soltanto alle usure moratorie, mentre è concorde la testimonianza delle altre fonti, che tanto in materia di deposito puro, come di mandato, l'uso del denaro a pro-

[1]) Accoglie questa interpretazione Costa, *Papin.* IV, p. 70; cfr. Vangerow, *Pand.*[7], § 630, II, p. 417. Si noti che appunto il *non exercere pecuniam*, ma il rivolgerla a proprio uso (ad esempio, per pagare debiti, acquistare fondi ecc: v. per tale distinzione fr. 10 § 3 D. 17. 1; fr. 28 D. 16. 3; cfr. L. 6 C. 3. 32) più facilmente mette in condizione di non poter restituire le somme ricevute in deposito.

[2]) Il depositario che, avendo inscientemente rivolto a suo profitto la cosa depositata, non è più in grado di restituirla in ispecie (così, p. es., nel caso di commistione o di uso delle monete ricevute a titolo di deposito puro), se poi venga a conoscere la sua qualità di depositario non perciò è soggetto all'*a. depositi*, egli infatti non *dolo fecit quominus redderet*, nè d'altra parte può il deponente allegare che il depositario possa soddisfare il suo obbligo per equivalente, poichè ciò presuppone appunto che sia fondata l'*a. depositi* (quanto alla *condictio* data al proprietario nei casi di commistione o di uso del denaro altrui in buona fede: v. Windscheid, *Pand.*[8], § 370, n. 8; Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio*, I, p. 129 sg., ed i testi ivi citati). La L. 4 C. 4. 34 (Gord.) in ogni caso in cui trovi applicazione l'*a. depositi* dichiara il depositario tenuto alle usure dal momento dell'uso, e ancora, non vale il distinguere fra deposito soltanto chiuso od anche sigillato.

prio profitto fa sì che siano dovute le usure *totius temporis* [1]). Nè varrebbe il supporre che la parole *post moram* fossero un emblema, poichè rimarrebbe sempre che non vi sarebbe ragione sufficiente per distinguere il caso della *pecunia clausa*, ma non *obsignata*. Invece, interpretando il passo come riferentesi anche originariamente ad un deposito irregolare, si comprende bene come Papiniano abbia voluto indicare colle parole *pecunia non obsignata* un deposito aperto, compiuto cioè mediante semplice numerazione del denaro. E quindi questo passo, che, quand'anche si volesse riferire nel suo contesto originario a un deposito puro, non infirmerebbe perciò la prova fornita dal fr. 24 per l'opinione che Papiniano riconoscesse la figura del deposito irregolare, deve, a mio avviso, riferirsi ad un deposito diretto alla restituzione del *tantundem*, e conferma pienamente che già Papiniano riconosceva quella figura giuridica.

7. In conclusione, a mio avviso, la figura giuridica del deposito irregolare fu nettamente riconosciuta, se non da altri giureconsulti del tempo precedente e di quello dei Severi, almeno da Papiniano, mentre Paolo ed Ulpiano vi erano risolutamente contrari [2]). L'ipotesi a cui

[1]) Per il caso del depositario che *invito domino, sciens prudensque* rivolga la cosa depositata a suo profitto (Paul., in *Coll.* X, 7. 5 = fr 29 pr. D. 16. 3), la responsabilità del perimento s'inizia da questo momento nella *cond. furtiva* (fr. 31 § 2; 20; 8 § 1 D. 13. 1); lo stesso effetto si ha senza dubbio anche per le usure (Gord., L. 3 C. 4. 34 [*iunge* L. 6 C. 3. 32] e vedi poi, senza distinzione tra casi e casi: Gord., L. 4 C. eod.); per il mandato, Ulp. fr. 10 § 3 D. 17. 1, e Scaev. fr. 28 D. 16. 3. Il NABER (p. 62, n. 4) riconosce ciò, ma ricorda tuttavia il fr. 60 pr. D. 17. 2 di Pomponio, ove il ragionamento fatto nella prima parte, benchè ciò non sia detto in modo esplicito, parrebbe bene indurre alla conclusione che il socio che usò del denaro proveniente dal lucro sociale non è tenuto che alle usure moratorie; *ergo*, egli dice, alludendo alle parole 'post moram', *apud Papinianum nihil temere cancellandum est*». Ma si notino le parole che ivi seguono: *sed, si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit contra esse*, cioè non si debbono usure; sono quindi indicate ivi due circostanze che operano indipendentemente l'una dall'altra. V. poi Papin. fr. 1 § 1 D. 22. 1 «Socius si ideo condemnandus erit, *quod pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae*» (cfr. WINDSCHEID, *Pand.* [8], § 406, n. 9; § 410, n. 10). Per il caso del fiduciario pignoris iure e del creditore pignoratizio, v. Pomp. fr. 6 § 1 D. 13. 7 (un testo relativo alla fiducia cum cred [LENEL, *Pal.* Pomp. 798]). Per la *negot. gestio*, v. Tryph. fr. 37 D. 3. 5; Pap. fr. 30 § 3 D. eod. Si noti anche come le parole *quoque totius temporis* di Paul., *sent.* I, 4. 3 furono soppresse dai compilatori nel fr. 36 § 1 D. 3. 5: v. in proposito PERNICE, *Labeo* II[2], 2, 2 p. 145.

[2]) V. p. 198 segg.

Papiniano applicava l'*a. depositi* era appunto quella di denaro consegnato coll'obbligo di restituire altrettanta somma a richiesta, fosse o non concesso espressamente l'uso, e tanto nel caso in cui non fossero, come in quello in cui fossero convenute usure. La dottrina papinianea era in connessione colle vedute comuni e cogli intenti pratici delle parti che tali negozi preferivano ai depositi puri, ma li qualificavano e li intendevano piuttosto come depositi che come mutui, e non fa meraviglia che tale dottrina, sia per l'autorità del giureconsulto, sia perchè le modificazioni che venivano così a stabilirsi, alcune più favorevoli al deponente, altre al depositario, in confronto alla disciplina del mutuo, apparivano nell' insieme più conformi all' indole economica del negozio [1]), si facesse strada nella pratica giudiziale e nelle scuole bizantine, attraverso alle quali venne a trovar posto, benchè non inalterata, nella compilazione giustinianea. Così, per opera di Papiniano, il diritto romano già dal tempo dei Severi venne ad incontrarsi col diritto ellenico, dove era riconosciuto il deposito di somma da restituire a richiesta come παρακαταθήκη, di cui l'azione era la δίκη παρακαταθήκης, fossero o no convenuti interessi, accanto al vero e proprio χρέος e δάνειον, talora gratuito, ma di regola ad interesse, tutelato, oltre che dell'azione generale (δίκη συμβολαίων, o συνθηκῶν παραβάσεως), dall'azione speciale (δίκη χρέως o χρέους) [2]). Così noi vediamo che nella compilazione giustinianea è dato il posto

[1]) V. l'enumerazione di queste differenze in GIRARD, *Manuel*[4], p. 530, n. 1. Fra le differenze vi è anche quella favorevole al deponente, che questi non incorreva nel pericolo della *plus petitio* (GAI., IV, 54), e l'altra che solo nell'*a. pecuniae certae creditae* trovava luogo la *sponsio et restipulatio tertiae partis*, favorevole e, rispettivamente, pericolosa, a seconda dei casi, per entrambi (GAI., IV. 13, 171), inoltre il *iusiurandum necessarium* e la *confessio* coll' effetto del giudicato (GIRARD, op. cit. pp. 491, 999, 1000, n. 1). Ma queste due ultime particolarità vengono meno nel diritto giustinianeo, dove la *confessio* equivale al giudicato in ogni causa e il *iusiurandum necessarium* può essere deferito in ogni materia (GIRARD, op. cit. pp. 1069, 599, n. 2); quanto alla *plus petitio*, essa non determina più, salvo un caso particolare, la perdita del diritto (v. GIRARD, op. cit. p. 1070, n. 1). Però conviene notare che queste differenze fra il diritto classico e quello giustinianeo dipendono alla loro volta dall'antitesi fra l'ordo iudiciorum privatorum e la cognitio extra ordinem, e che la figura del deposito irregolare si svolse piuttosto dall'ambiente ove già doveva essere largamente applicata la cognitio extra ordinem.

[2]) È dubbio se la δίκη ἀργυρίου fosse data per ogni specie di deposito di denaro o soltanto per causa di mutuo. V., su tuttociò, l'esposizione di BEAUCHET, op. cit., IV, pp. 333 sgg., 230 sgg.; BRECCIA, *Storia delle banche e dei banchieri nell'età class.* «Riv. di storia antica», NS. 7, p. 291 sgg.

d'onore ad un passo di Papiniano, ove è tratteggiata la dottrina del deposito irregolare nei suoi lineamenti fondamentali; ad esso i compilatori hanno fatto seguire, a guisa di complemento, una serie di passi di Papiniano stesso e di altri giureconsulti, alcuni dei quali certamente, altri molto probabilmente, non si riferivano a tale figura giuridica [3]).

Ma la dottrina papinianea non passò nel diritto giustinianeo immutata. Per il diritto giustinianeo, tanto nel caso di fissazione di un termine per la restituzione (e questo già secondo le vedute di Papiniano), quanto in quello di espressa concessione dell'uso, o di richiesta espressa di mutuo (il che vale lo stesso), o di volontà manifestata in altra guisa che si vuol prendere a mutuo, si ha invece mutuo, o im-

[3]) Il passo di Scevola (fr. 28 D. 16. 3) pare doversi riferire nel senso della compilazione a un deposito irregolare, ma credo che il giureconsulto vi ravvisasse un *mandatum pecuniae*, probabilmente non preceduto da un deposito puro; non contrasta punto a tale spiegazione la sede del passo nel l. 1 de' suoi *responsa*. (Cfr. NIEMEYER, op. cit., p. 66). Quanto al fr 27 D. eod. (Paul 7 resp.; LENEL, *Paul.* n. 1494), il giureconsulto esclude naturalmente l'*a. rei uxoriae*, trattandosi di un *contubernium*, ma nemmeno l'azione di deposito poteva essere fondata, poichè il deposito era fittizio (il che prova che il padre era sciente del difetto di *conubium*), quindi nemmeno l'azione *de peculio* in base al deposito, di somma come tale (cfr. fr. 38 pr. D. 15. 1) e già CUIACIO (V, c. 1903, *opp.* Prati) aveva avvertito la difficoltà, pur accettando la soluzione. Che qui la figlia non potesse avere nè *a. r. uxoriae*, nè azione di deposito o di mutuo, è ciò che risulta nettamente, come già si vide, dalle ricordate decisioni contenute in BGU. 114 e nel primo papiro Cattaoui, col. I, II, VI, nè è detto il contrario in BGU. 114, l. 11. 12 «εἰ δὲ προῖκα ἀπαιτεῖς, κριτὴν δίδωμι, δόξω πεπεῖσθαι νόμιμον εἶναι τὸν γάμον»: v. in proposito MEYER, in *Arch. f. Papyrusforsch.* III, 73; GRADENWITZ, *Einführ. i. d. Papyruskunde*, p. 10; ERMAN, in *Zeitschr. d. Sav. St.* 22, 243 sg. Credo quindi che Paolo accordasse, come in casi analoghi, una *condictio* contro il *dominus* (cfr. fr. 67 D. 23. 3; fr. 7 D. 12. 4), alla quale ipotesi ottimamente rispondono le parole finali *pecuniam repetendam*; cosicchè, a mio avviso, le parole *ex causa depositi de peculio* sarebbero un emblema tribonianeo; forse era detto invece *per condictionem*, o *condictione p. r.* (cfr. Paul.. fr. 22 § 9 D. 16. 3; Ulp., fr. 1 § 11 D. 44. 5; Proc., fr. 67 D. 23. 3; Iul., fr. 7 D. 12. 4; Iul., fr. 34 D. 12. 6; Iul., fr. 46 pr. D. 23. 3; Iul., fr. 3 § 5 D. 37. 6; Iul., fr. 2 § 7 D. 39. 5). Non sembra per altro inconsueto il verbo *repetere* (*rem* o *depositum*) per il deposito; Ulpiano lo usa, ad esempio, in fr. 1 § 36 D. 16. 3 (se pure non sono interpolate anche le prime parole); e in fr. 1 § 45 D. eod. (se pure il passo non deve riferirsi alla *fiducia*), e, se la relazione è testuale, anche Trebazio, nel fr. 1 § 41 D. 16. 3; invece fa parte di un brano oltremodo sospetto *depositum repetens* in Ulp. fr. 18 § 1 D. 5. 1 (EISELE, in *Zeitschr. d. Sav. St.* 11, p. 16, e con lui SOLAZZI, *Sulla capac. del f. fam. di stare in giudizio*, Bull. 11, p. 183). La spiegazione che del nostro passo dànno i Basilici (Hb. II, 55 sgg.) è per ogni riguardo in connessione coi principii del diritto giustinianeo.

mediatamente col permesso, o per il fatto dell'uso, secondochè ci sia o no la condizione *si voles*: insomma la volontà delle parti deve essere diretta al deposito, non al mutuo, nè importa che ne consegua implicitamente il permesso d'uso del denaro, e la semplice convenzione di usure nel concetto dei bizantini fu quindi efficace o no, secondochè le parti intesero conchiudere un deposito o piuttosto un mutuo. In tal guisa essi cercarono di mettere d'accordo le decisioni divergenti dei giureconsulti classici [1]. Perciò l'eclettica dottrina giustinianea colle sue distinzioni e suddistinzioni fondate su criteri incerti ed elastici, ispirata come spesso ad un ossequio più che esagerato, malinteso,

[1]) E ciò che risulta, come già in parte si è veduto, dall'insieme dei passi della compilazione, come dalle spiegazioni degli scoliasti prossimi alla compilazione giustinianea. Così appare dagli scolii ad fr. 9 §§ 9 e 10 D. 12. 1, ad fr. 34 pr. D. 17. 1, ad fr. 29 § 1 D. 16. 1 di Stefano, di Cirillo, dell'Anonimo (Hb. II, 601, 602; II, 122, sch. 3; II, 57, sch. 2), dove è particolarmente notevole l'osservazione dell'Anonimo al fr. 9 § 9 che mette in rilievo come solo dalla volontà delle parti e dal nome che gli hanno dato si può indurre se si abbia deposito o mutuo, quella di Stefano, il quale richiamando le parole dell' ἥρως Ἀμβλιχος osserva come l'uso della parola *uti* (χρῆσαι) ha tanta efficacia da mutare il dominio, il possesso, il contratto, trasferire l'onere del *periculum*, mutare l'azione, e l'altra dello stesso (ad fr. 10), che la conversione in mutuo per il fatto dell'uso nella concessione dell'uso *si volueris*, non ha luogo se non quando vi fu il proposito di prendere a mutuo, altrimenti il contratto rimane deposito ma coll'assunzione del *periculum* («τοῦτο νόησον, ἔνθα καὶ σκοπὸν εἶχεν ἡ σύνθεσις ἵν αὐτῷ τὸ δανείζειν. εἰ μὴ γὰρ τοῦτο ἦν, τότε καὶ δεπόσιτον ἔμενε τὸ συνάλλαγμα καὶ τῷ λαβόντι ἐκινδυνεύετο τὰ νομίσματα, ὡς ἔγνως τῷ δ'. διγ.» [fr. 4 pr. D. 12, 1]). Quanto al fr. 1 § 34 D. 16. 3 nè il testo corrispondente dei Basilici, nè gli scolii ci danno l'*ab initio* che è nel fr. citato, e la spiegazione data nello scolio di Cirillo è esplicita nel senso che l'uso del denaro converte il deposito col permesso d'uso *si volueris*, in mutuo, od in commodato, a seconda dei casi (Hb. II, 35). Quanto al fr. 29 § 1 D. h. t. (Hb. II, 57), di nuovo Stefano, richiamandosi al fr. 24 h. t., osserva che il permesso d'uso, di cui ivi è parola, deve risultare solo implicitamente dalla convenzione *ut tantundem reddatur*, altrimenti si ha mutuo; solo apparentemente ne discorda la spiegazione data nello scolio dell'Anonimo, che precede, ove è detto che il permesso spontaneo d'uso *si volueris* è deposito, altrimenti si ha mutuo, ma in sostanza si fa questione di volontà. Discorde invece è il testo dei Basilici, peraltro molto barocco, ad fr. 21 D. h. t. (Hb. II, 52), in quanto riconosce il deposito solo nel caso in cui si convenga la restituzione dell' *idem*, e la *media sententia* dell'Enantiofane (sch. 3 ad fr. 24; Hb. II, 53), che nel caso di convenzione diretta al *tantundem*, riconosce il deposito solo nel caso in cui ne sia oggetto il denaro, non se altre cose fungibili. S'intende poi che il mutamento da deposito puro in deposito irregolare muta il contratto e in certo senso l'azione stessa, essendo quello diretto all'*idem*, questo al *tantundem*, analogamente a ciò che avviene per la conversione del deposito puro in mutuo.

verso la volontà delle parti, non rispecchia punto, a mio avviso, se non in parte, la ben più solida dottrina papinianea.

8. Le ragioni che indussero ad accogliere nel diritto romano la figura giuridica del deposito irregolare accanto al mutuo, si collegano ad un ordinamento giuridico profondamente diverso dal nostro, ma non sarebbe per questo venuta meno ogni base, nè cessata l'opportunità di tale distinzione (inopponibilità della compensazione: art. 1289, 3° c. civ.; pagamento presso il debitore: art. 1859, cfr. art. 1828; permesso di contrarre depositi irregolari alla donna maritata senza autorizzazione: art. 134, ecc.). Senonchè, il nostro codice non sembra ammettere accanto al mutuo, per il caso più consueto, cioè per il deposito di denaro, altra specie di deposito irregolare all' infuori di quella, molto strana ed ibrida, per cui si sarebbe tenuti a restituire la somma nella stessa specie di monete in cui fu fatto (art. 1848, 1846 c. civ.). Di tal guisa, un deposito di denaro in cui alcuno sia tenuto a restituire la somma numerica anche con monete di specie diversa da quella delle monete depositate, sarebbe in ogni caso sottoposto alla disciplina del mutuo [1]).

GINO SEGRÈ

[1]) L'art. 1848 c. civ. diverge dall'art. 1932 c. franc., in quanto questo non riconosce accanto al mutuo che una sola figura di *deposito di denaro*, per cui si deve la restituzione nelle stesse specie, ma non si è tenuti mai a restituire le stesse monete; invece il nostro codice distingue un deposito *regolare*, coll' obbligo di restituire le stesse monete, e un deposito *irregolare*, in cui si è tenuti al *tantundem*, ma nelle stesse specie, altrimenti si ha mutuo. Fondandosi sugli articoli 1848, 1846, il COPPA-ZUCCARI, *Il depos. irregolare*, n. 52 sgg., non ammette se non questa specie di deposito irregolare *di denaro*. Ci si potrebbe chiedere, se già perciò non resti esclusa, mancando un dato per il confronto, la possibilità giuridica di un deposito irregolare di denaro ad interesse, mentre questo autore (n. 119) si fonda per la negativa sulla consueta considerazione, di cui a mio avviso si esagera grandemente la portata, che bisogna pur sempre tenere a disposizione il capitale. Quanto agli interessi moratori, senza dubbio essi possono essere pagati anche in altre specie di monete aventi corso legale.

ANCORA SULL'USO NEL COMMODATO

Secondo un'opinione molto diffusa il commodato deve essere retto da uno scopo particolare, rigorosamente determinato a priori [1]. Questa tesi, combattuta dal Kritz [2], fu ripresa con vigore dallo Schmidt [3]. Il Ferrini [4] l'accolse e la sviscerò con largo corredo di fonti. Secondo il Windscheid [5], invece, testualmente, l'uso per il quale la cosa viene concessa può essere più o meno ampio; può essere espressamente determinato nel contratto o resultare come voluto dalle circostanze. Però quest'ultimo punto, ove s'intenda a sè, può, eventualmente, ricondursi alla tesi suddetta, nel senso che quell'uso, e non altri, dipenda dalle circostanze medesime, per esempio, una di queste, la destinazione stessa della cosa.

Forse il concetto del Vangerow [6] è più preciso: un vero commodato può esser conchiuso anche senza alcuna dichiarazione specifica delle modalità dell'uso; nel qual caso, in conformità alla buona fede, che qui domina, al commodatario è consentito quell'uso che si presume voluto dal commodante - tanto più che laddove sussistano particolari determinazioni dello scopo e del modo di servirsi, il commodatario può derogarvi, quando abbia motivo di credere che il commodante nulla avrebbe ad opporre. Questa seconda ipotesi può parere ardita, per la efficacia che vien data a un apprezzamento, che è, e

[1] V. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di commodato* (*Arch. giur.* LII, LIII), p. 50 sg.

[2] *Pandektenrecht*, Th. I, Bd. III, p. 387 sg. Cfr. *Samml. von Rechtsfällen*, I, p. 189 sg.

[3] *Das commodatum und precarium*, Leipzig, 1841, p. 157 sg.

[4] Op. cit. LIII, p. 50 sg. Cfr. p. 55, p. 69.

[5] *Pand.* II § 374.

[6] *Pand.* III, p. 691, n. 6.

rimane, individuale dell'utente; ha però un forte appoggio in un testo (fr. 79 D. 47. 2), su cui, a suo luogo, verremo.

Esaminando qua e là qualche frammento, a noi parve che nè l'una, nè l'altra di queste due ipotesi fosse nel vero. Abbiamo quindi stimato non inopportuno di tornare sull'argomento e saremmo venuti a resultati, che confermerebbero quella prima impressione che ci eravamo formati.

Secondo noi il commodato deve presentare una certa determinazione: non è cioè ammissibile che il concessionario possa valersi della cosa comunque egli creda. Ma la circostanza che sia determinato l'uso o il fine (idee, d'uso e di fine, che, si noti, sono distinte, ciò che le opinioni suddette trascurano) non rappresenta che un caso, se si vuole anche un caso molto frequente, tutt'altro che una condizione essenziale del commodato, così come vorrebbe l'ipotesi che abbiamo per prima enunciata. D'altra parte (ci riferiamo all'altra ipotesi), se l'uso o il fine non sono determinati, si notano altri, che diremmo, elementi di determinazione, i quali, in certo modo, circoscrivono il rapporto (non in senso tecnico) del commodatario con la cosa commodata.

Il commodato è, per noi, sempre determinato [1]). La determinazione si attua in varî modi e, secondo l'uno o l'altro di codesti modi, il grado ne è diverso: o è determinato l'uso della cosa, oppure il fine, per cui la cosa è concessa, il tempo, per la cui durata la cosa è data, una destinazione *particolare* della cosa (es.: uno schiavo da adibirsi a opere tettorie, uno schiavo tector). Altri casi, che non sapremmo formulare genericamente, son questi: servirsi d'una cosa (per esempio dell'argenteria) in un luogo piuttosto che in un altro, determinato o indeterminato, *domi* anzi che *peregre*, oppure servirsene anche *peregre*; servirsi d'una cosa (un cavallo, un giumento) fino a un luogo determinato (si potrebbe aggiungere ai casi precedenti la determinazione dell'*iter*) e via così. Tutto ciò può dipendere da pattuizioni tra le parti o dall'insieme delle circostanze.

Manca, come si vede, un criterio fisso: forse i criterî son tanti quante le figure particolari di commodati.

[1]) Cfr. il BERTOLINI nei suoi pregevolissimi *Appunti didattici*, 3 (Torino, 1906) p. 266.

V' ha però, a nostro avviso, un criterio generale sussidiario nella destinazione in genere della cosa, e, in mancanza d'altro, è valido un commodato, quando il godimento si possa desumere con sufficiente certezza dalla destinazione della cosa stessa.

Tale sarebbe, complessivamente, l'opinione nostra. Sgombriamo, prima di tutto, il terreno da alcuni frammenti dai quali s' è creduto argomentare che l' uso, o il fine, debba essere tassativamente indicato.

Intanto, un testo ad Her. IV, 51 § 61 : « ait se aedes maximas cuidam amico *ad nuptias* commodasse ». Il passo non lascia certo adito a sottintesi. Ma è pur evidente che esso ha un carattere del tutto particolare. Nè bisogna, forse, prescindere affatto dalla circostanza che si tratta di « aedes », per di più « maximae ». In simili commodati la determinazione del fine (qui il banchetto nuziale?) rappresenta praticamente quasi una necessità, tanto più che è facile pensare a precarî. Si accosterebbe, anche se manchi di vero significato giuridico, Iuven. Sat. VII, 39: « tu (aut?) si dulcedine famae | succensus recites, maculosas commodat | quem colis | aedes ».

Poi il fr. 5 § 10 D. comm. XIII 6 (Ulp. XXVIII. ad ed.), che vale riportare nella sua integrità: « interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit; utputa si quis ita convenit; vel si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit ».

Qui pure i singoli casi saranno significanti. Ma si tratta in fondo di applicazioni esemplificative di « sua duntaxat causa commodasse »: le altre parole (si quis ita convenit) non hanno bisogno di dilucidazioni. Commodare alla propria sponsa o all' uxor non involge di per sè un commodare sua causa. Solo in quest' ipotesi quelli esempî avrebbero un serio valore. Paiono anzi applicazioni, talune almeno, estensive : tale certo l' ultima (vel ipsi praetori quis ultro commodavit), che quasi constituisce un caso a sè stante.

Entra (o si fa entrare) nello stesso ordine di testi il fr. 3 § 6 D. eod (Ulp. XXVIII. ad ed.) [1]: « non potest commodari id quod usu consumitur nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat ».

[1]) Cfr. fr. 4 (Gai. I. d. V. O.).

Si può invertire e dire che si può invece commodare « ad pompam vel ostentationem ». Ma anche se si scambiano i termini rimane a sè il quesito se alla validità del commodato di cose fungibili occorra precisare, e soprattutto come, che si commoda « ad pompam vel ostentationem ».

D'altra parte una determinazione, esplicita o implicita, dell'uso deve pur dipendere dalla qualità delle cose e dalla conseguente, normale, invalidità dell'atto. Nè basta un uso qualsiasi, ma occorrono dati usi compatibili.

Nel fr. 52 § 22 D. de furtis XLVII 2 (Ulp. XXXVII. ad ed.), un altro di quei frammenti, si trova: « maiora quis pondera tibi commodavit, quum emeres ad pondus ».

Anche se si tratti d'un commodato determinato (dall'emere ad pondus), non si può certo risalire da questo caso isolato a una regola generale. Non ci pare nemmeno sicuro che quelle parole: quum emeres ad pondus denotino propriamente il fine del commodato: e questo perchè si adopera *quum*, in luogo, per esempio, di *ut*, di *ad*, ecc., di vocaboli insomma diretti veramente a indicare un fine. Altro del resto (alludiamo al seguito del passo: [quum emeres ad pondus], furti eum venditori teneri, Mela scripsit, te quoque, si scisti) è che il commodante non ignorasse che il concessionario si serviva di quei pesi per comprar a peso; altro che avesse proprio prescritto lo scopo di comprare.

Sopra alcuni testi, come i seguenti, è invece inutile soffermarsi: fr. 5 § 12 D. XIII 6. « rem tibi dedi ut creditori tuo pignori dares (dedisti, non repignoras, ut mihi reddas) »; fr. 17 § 3 D. eod. (Paul. ad ed.): « si pugillares mihi commodasti ut debitor mihi caveret »; ibid.: « si ad fulciendam insulam tigna commodasti »; fr. 54 § 4 D. XLVII 2 (Gai. ad ed. prov.): « qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum, licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur » Si tratta di commodati aventi il fine (e l'uso) rigorosamente determinato. Solo per l'ultimo testo si potrebbe pensare a ferramenta ad effringendum etc., se non si venisse poi a trattare d'una scala ad ascendendum.

Di tutti questi frammenti alcuni non presentano alcuna attinenza col nostro tema; altri vi si riferiscono e trattano di commodati de-

terminati: ma questi ultimi non rappresentano che l'espressione di casi singoli e in fondo sono buoni per ambedue le ipotesi dominanti, a parte, tra parentesi, che siano ipotesi proprio opposte l'una all'altra, perchè, prendendo almeno come punto di partenza il Vangerow, resta il dubbio che s'accordino nella sostanza (esatta determinazione) dissentendo solo quanto alla necessità della dichiarazione espressa.

V'ha però un testo, che par decisivo, perchè espresso in termini piuttosto lati. È il fr. 10 pr. D. XIII 6, al quale si connette il fr. 76 pr. D. XLVII 1. Fr. 10 pr. (Ulp. ad ed): «eum qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est, in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriorem fecit, verum est; nam si culpa eius fecit deteriorem, tenebitur»; l. 76 pr. (Pomp. XXI. ad Quintum Mucium): «qui re sibi commodata - usus est aliter, atque accepit». Risponde § 6 I. IV 1: «sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est» (Gai. III, 196: «si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit»). Si tratta, nel primo, specialmente di quelle parole: si in eam rem usus est in quam accepit. Se ben si guardi la questione dell'uso resta anche qui insoluta; si può ricevere una cosa per uno o più usi, variamente determinati e determinabili.

Forse il frammento non è nemmeno affatto genuino; vi sono già i due punti fondamentali della «res commodata» e dell'«accipere»: le parole: si in eam rem etc. non sarebbero strettamente necessarie. Tuttavia non isfigurano; piuttosto le ultime: nam si culpa *eius* fecit deteriorem tenebitur, che rappresentano una vera superfluità.

Nel passo delle Istituzioni v'ha l'inciso: quam cuius gratia ei (res) data est, che in Gaio non figura. Dire che nel testo Gaiano si sarebbe però dovuto leggere: si quis in quem usum rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, è inutile, perchè in «utendam rem» non è unicamente compresa l'idea d'un uso prefisso.

Del resto persistono gli esempî gaiani: «veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad coenam invitaturus et id peregre secum tulerit; aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset».

Del primo esempio parleremo a proposito d'un altro testo (il fr. 18 pr. D. XIII 6), dove si ripresenta. L'altro esempio può far anche

l'impressione d'un commodato rigorosamente determinato, se si interrompe a «longius aliquo duxerit»; ma quel caso dei veteres è importante, in quanto che viene in rilievo un uso assolutamente contrario.

Secondo l'opinione nostra il commodato può presentare un certo grado di determinatezza (forse è il maggior grado) in quanto resulti determinato l'uso, o il fine: e questo si vede in taluni dei frammenti passati in rassegna, specialmente nei fr. 5 § 12; 17 § 3 D. XIII 6; 54 § 4 D. XLVII 2. Ma, a nostro avviso, la condotta del commodatario può essere determinata altrimenti: può essere, dicevamo, determinato il tempo, può essere determinata una destinazione particolare, specifica della cosa. Occupiamoci ora di questi due punti.

Per il primo punto soccorre un interessante frammento, il fr. 17 § 3 D. XIX 5 (Ulp. ad ed.): «si quum unum bovem haberem et vicinus unum placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum praescriptis verbis agendum est».

S'è dato molto peso a quelle parole: ut opus faceret. Ma perchè fosse giustificato bisognerebbe leggere: ut *certum* opus faceret (o semplicemente: *ad certum opus*). Probabilmente si tratta invece d'un opus in genere, nel qual caso il rapporto presenta un maggior grado di determinatezza di quanto se fosse commodato senz'altro un bue, a parte se e in quanto qui si abbia un valido commodato. Si può parlare egualmente d'un fine determinato, ma non nel senso che sia esclusivo.

V'ha inoltre il tempus («per denos dies»), ciò che rende pure fondata l'idea che manchi la determinazione particolare dell'opus, giacchè in questo caso il tempus sarebbe, normalmente, implicito.

Considerando il frammento isolatamente, v'ha qualche argomento a ritenere che di questi due requisiti, l'«opus», comunque s'intende, e il «tempus», uno domini sull'altro? Paiono egualmente trattati, ma in realtà se l'opus è indeterminato, ciò che toglie principalmente al commodato il carattere della gratuità, che modifica proprio la struttura del rapporto sta precisamente nella determinazione del tempus: sta a sè, pel nostro argomento, che il tempus sia egualmente determinato per ambedue i contraenti.

Il tempus del resto riapparisce anche altrove, in riferimento alla restituzione di cose commodate (fr. 5 pr. D. XIII 6, v. av.).

Per l'altro punto vale soprattutto il fr. 5 § 7 D. XIII 6, che fu lungamente discusso, specie dallo Schmidt, e che condusse a disparati risultati. Trascriviamo il testo integralmente (Ulp. ad ed.): « sed interdum et mortis damnum ad eum, qui commodatum rogavit, pertinet; nam si tibi equum commodavero ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis Idem erit et in homine. Plane si sic commodavi ut ad bellum duceres, meum erit periculum; nam et si servum tibi tectorem commodavero, et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait. Sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi ut et in machina operaretur; ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligataé, vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere Nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligavit ».

Prendiamo intanto tutta la parte del framento che va da « nam et si servum tibi tectorem commodavero » sino alla fine. Secondo Ulpiano, se fu commodato un « servus tector ut et in machina operaretur » e questi sia caduto, il danno è a carico del commodante. Che se fu commodato « ut de plano opus faceret » il danno è a carico dell'utente. S' intrecciano altri casi; così che il fatto sia avvenuto per difettosa costruzione della « machina » o per vetustà delle funi o delle pertiche che la formano. Ora, ci domandiamo, è possibile il commodato d'un « servus tector » senz'altro?

Si disse che Ulpiano omette questo caso e, omettendolo, lo esclude, mentre aveva davanti l'opinione di Namusa, secondo il quale se sarà stato commodato un « servus tector » e questo servo sia caduto dalla macchina il pericolo è del commodatario [1]). Bisogna precisare la portata dell'opinione di Ulpiano in rapporto a Namusa. « Sed ego ita hoc verum puto » (Ulpiano) si riferisce evidentemente a « periculum meum esse (Namusa ait) ».

Su questo, sul periculum, verte l'opinione di Namusa, che Ul-

[1]) Schmidt, op. cit., p. 160.

piano appunto contesta. Si ha una conferma successivamente: « dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere ». Come del resto si può ravvicinare « sed ego ita hoc verum puto » a « si servum tibi tectorem commodavero »? Bisognerebbe che secondo il diverso criterio che si segue nei riguardi del « periculum » sia o meno attendibile il commodato d'un « servus tector ».

Il disaccordo tra Ulpiano e Namusa è facile a determinare. Per Ulpiano il rischio è a carico del commodante se il servo fu commodato « ut et in machina operaretur ». Invece Namusa era d'avviso che il rischio fosse sempre a carico del commodante. Ma ad ambedue è comune la premessa del commodato di un « servus tector ». Sicchè per Ulpiano, l'utente, almeno per non incorrere nel rischio, non può adibire l'artefice a lavori pei quali è necessaria una machina. Così le parole « ut de plano opus faceret » non farebbero pensare a una speciale determinazione. Non essendo state consentite opere da compiersi « in machina » l'impiego dello schiavo nei riguardi, finora, del rischio apparisce determinato su opere de plano.

Ma la responsabilità del commodatario sussiste soltanto nella eventualità del danno? Il frammento (§ 8) prosegue: « quin imo et qui alias [1]) re commodata utitur non solum commodati, verum furti quoque tenetur ut Iulianus libro undecimo Digestorum scribit ». Parrebbe che colui il quale « imposuit in machina » uno schiavo tector possa essere convenuto anche per furto. Non è però sicuro che questo possa avvenire costantemente. Quelle parole o si legano direttamente al caso precedente o indicano un rincrudimento nelle responsabilità, il quale può benissimo ricomprendere, secondo le circostanze, il caso medesimo. Certo che tra i due casi, quello del « servus tector » e quello posteriore del codice, il legame col secondo è palese: « si quidem ad hoc tibi commodavero (codicem) ut caveretur tibi in eo, teneri me

[1]) Il passo contiene anche il caso seguente: « nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligavit ». Forse quando si commodi uno schiavo a un lapidario l'uso, in vista della qualità del commodatario, a più ragione se concorra con quella del servo, comprende opere di qualsiasi specie, de plano o in machina.

Però siccome il testo concerne la responsabilità del faber, per il ferimento del servo in seguito a vizi della machina, quelle parole possono mancare di uno speciale significato.

tibi contrario iudicio; si minus - etiam teneris mihi, inquit, commodati. Imo ait etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es ». Si capisce che l'utente sarà tenuto senz'altro di furto se sia stato convenuto « ut (il servo) de plano opus faceret ».

È dunque ammissibile per ambedue i giureconsulti il commodato d'un servus tector. Trattasi d'un commodato, il quale si determina, appunto, sul fondamento d'una particolare qualità della cosa, la qualità dominante, alla quale si deve ritenere a priori che i contraenti abbiano avuto riguardo. Indirettamente è determinato l'uso, non il fine, essendo che lo schiavo può essere impiegato per qualunque opera.

Questo caso di commodato vien preceduto da altri casi: « nam si tibi equum commodavero ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum (nam et si servum tibi tectorem commodavero etc.).

Di questi casi, e di casi analoghi, parleremo in seguito. Solo si osservi ora che uno di essi è così formulato: si *sic* (equum o hominem) commodavi ut ad bellum duceres (cfr. § 13: si me rogaveris ut servum tibi cum lance commodarem): si rammenti la nostra ipotesi, la quale ha del resto un addentellato nell' ipotesi del Windscheid, che non occorra una determinazione espressa, per intenderci, dell'uso.

Ora se si concede in commodato a un terzo, senz'altro, uno schiavo, e lo schiavo non presenta, come ad esempio uno schiavo tector, particolari attitudini, o i contraenti prescindono in un modo o nell'altro da queste attitudini, o se si concede un cavallo, o un codice, senza ulteriori specificazioni, esplicite o implicite, si avrà egualmente la figura giuridica del commodato, se sì, quale potrà essere il contegno del concessionario? Soffermiamoci sul caso d'un codice, perchè di esso, forse, s'occupa, in continuazione, il fr. citato: « (quin imo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro XI. Digestorum scripsit). Denique ait, si tibi codicem commodavero, et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris, egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio; si minus, neque me certiorasti, ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi inquit, commodati. Imo ait etiam furti, quoniam aliter re commodata

usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter, quam commodatum est utitur, furti tenetur».

Secondo noi, il testo prevede anche il caso che sia stato commodato, semplicemente, un codice; si abbia riguardo a quelle parole: «si tibi codicem commodavero», se t'avrò commodato un codice, e null'altro. Segue: «si quidem ad hoc tibi commodavero ut caveretur tibi in eo»; poi: «si minus etc.», in contrapposto all'ultimo caso, quindi se questa facoltà sia stata veramente negata, o espressamente o essendosi attribuita una facoltà, per dir così, minore. Vi sono insomma tre casi particolari, come si desume anche dai Bas.[1]); che sia stato commodato semplicemente un codice, che sia stato commodato un codice con quella facoltà, che tale facoltà non sia stata attribuita.

Nel primo caso non si può dire che l'utente si sia servito della cosa altrimenti (imo ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es), bensì nel terzo caso, al quale appunto si legano le parole or poste tra parentesi.

Forse il passo non è del tutto genuino: quella riserva: neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, è sospetta. A parte criterî di forma, è singolare un tale fatto dell'utente con una tale efficacia. Di più si dovrebbe riscontrare qualche limitazione analoga negli altri casi; ma qui domina essenzialmente ed esclusivamente l'usare altrimenti, l'uti aliter. Sarebbe una norma inclusa alla meglio, a beneficio del commodatario.

In ogni modo i risultati predetti non cambiano.

Ammesso un commodato nel senso che abbiamo posto, il quesito del contegno del concessionario si presenta di facile soluzione. In poche parole egli potrà valersi della cosa in conformità alla destinazione di essa. E la sua azione sarà così conforme alla volontà del concedente. La regola classica e, si può dire anche, giustinianea sulla responsabilità del commodatario quando operi in contrasto al volere del concedente (qui alias re commodata utitur non solum commodati verum furti quoque tenetur) si applica pienamente così nell'ipotesi che il commodato sia, in un modo o nell'altro, determinato, come in quella che manchi ogni elemento di determinazione.

[1]) XIII, 1, 5: ἔχρησά σοι ἀγράφους τετράδας ἐπὶ τῷ οὕτω παλιν ἀπολαβεῖν αὐτάς; — εἰ δὲ ἐπὶ τῷ ἀσφαλίσασθαι; — εἰ δέ μὴ ἐπὶ τοῦτο δέδωκα.

Questa regola si lega strettamente al nostro tema. Sopra di essa ci soffermiamo un istante. Sembra che essa risalga principalmente a Giuliano (ut Iulianus libro XI. Digestorum scripsit), del quale sarebbero pure gli esempî: quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter, quam commodatum est utitur, furti tenetur. Combina il fr. 40 D XLVII 2 (Paul. ad Sab.): qui iumenta sibi commodata longius duxerit, alienave re invito domino usus sit, furtum facit.

Ora si vegga il fr. 76 D. eod. (Pomp. ad Quintum Mucium): « qui re sibi commodata (vel apud se deposita) usus est aliter, atque accepit, si existimavit, se non invito domino id facere, furti non tenetur (sed nec depositi ullo modo tenebitur). Commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare, id dominum permissurum ».

Il frammento non può non fare una certa impressione quando si paragoni agli altri. Si dirà che in questi l'affectus furandi è implicito. Piuttosto è determinato dall'uti aliter.

V'ha una certa sconcordanza, che può dipendere semplicemente dal diverso modo di vedere il quesito tra Pomponio, e forse Paolo, da un lato, Giuliano, seguito da Ulpiano, dall'altro. Potrebbe avere un fondamento, almeno in parte diverso. Si sa che il frammento 76 è tolto dai libri di Pomponio a Quinto Mucio. Forse non è tutto di getto di Pomponio. Quelle parole: si existimavit se non invito domino id facere paiono un inciso. Ma sono in realtà essenziali ed è ad esse che direttamente si lega la norma: furti non tenetur. La redazione più spontanea sarebbe stata quella di cominciare con esse (per esempio: qui existimavit etc). In ogni modo dovrebbero avere nel contesto una parte preponderante, non come ora accessoria, pur integrandosi con l' « aliter uti », dal quale, certo, non è lecito prescindere. Inoltre se l' « uti aliter » risponde direttamente all' idea di commodato, per il deposito basta, ed è ciò che risalta principalmente, il solo « uti ». Il nesso con la seconda, o la terza, parte del frammento (commodati an teneatur etc.) non è sforzato. Questa però sta a sè, mentre poteva facilmente legarsi alla precedente (p. e. con un « sed », poi avrebbe potuto seguire una proposizione condizionale (si), lasciando da parte l' in culpa aestimatio esse), tanto più se si stralci ciò che in quest'ultima concerne il deposito. Parrebbe insomma che nel frammento sussistano delle stratificazioni. Del resto Pomponio non perde di

vista Quinto Mucio, come si vede nel frammento stesso poco oltre: § 1: « haec Quintus Mucius refert et vera sunt (v. retro: si quis alteri furtum fecerit ed id quod surripuit, alius ab eo surripuit etc »). Forse qui modificò e integrò le parole originarie di Quinto Mucio e il testo risente d'un tale rimaneggiamento, d'onde quella dissonanza. Ma in quest' ipotesi, com' è che l'azione di Pomponio si svolse propriamente? Una risposta è incertissima.

Tra le due versioni, se Quinto Mucio doveva esporre una norma, è più facile che l'abbia espressa in termini affermativi (— furti tenetur: qui in ogni modo sta la parte essenziale del passo) anzichè in forma d'un divieto. Si rammenti la tendenza, quasi certamente giustinianea, rappresentata nella l. 5 § 8, dalle parole: « neque me certiorasti etc. ». Forse si deve pensare a un ritorno, che null'altro comprova, e che non regge ad una considerazione generale? Si combina inoltre con l'altro frammento, la legge 40 eod., che, si noti, è tolto dai libri di Paolo a Sabino: « qui iumenta sibi commodata longius duxerit (alienave re invito domino usus sit) furtum facit ». Le parole tra parentesi furono forse aggiunte da Paolo: e contengono un'estensione troppa generica in rapporto ad un caso, come qui, di commodato. Diremmo che Quinto Mucio si sia espresso presso a poco così: « qui re sibi commodata — usus est aliter, atque accepit, furtum facit », e che il resto sia opera di Pomponio.

Nemmeno Pomponio escluderebbe la responsabilità per furto, ma questa responsabilità, al contrario che in Quinto Mucio, e quindi nell'antico diritto, non apparirebbe ammessa che dopo molte riserve, quando l'utente abbia operato proprio con la scienza di andar contro la volontà del commodante. Forse Paolo, date quelle parole: « alienave re etc. », che paiono modificare il pensiero di Sabino, era nell'ordine d' idee di Pomponio. Giuliano invece, seguito da Ulpiano, seguirebbe l'antica tendenza. Non diremmo che vi fosse proprio un urto d'opposte tendenze, ma una visione rispettivamente più e meno larga delle circostanze.

Talvolta è difficile formulare genericamente il criterio in base al quale la condotta dell'utente risulta determinata. Trattasi di determinazioni particolari, che si legano a speciali figure di commodati e che ripugnano ad essere considerate astrattamente. Il fr. 18 pr. D. XIII 6 (Gai. ad ed. prov.) in una parte che riteniamo genuina s'esprime così:

« quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat, alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturus se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet ».

Si è ritenuto, a torto, che questo frammento provi che il commodato deve esser retto da uno scopo esattamente determinato (v. autori citati).

Lo scopo, per intenderci, del commodato è dato da quelle parole: « si in hoc commodata sit alicui res ut eam rem peregre secum ferat ». Ma queste parole esprimono la determinazione d'un fine propriamente detto? Certo no; non si tratta che di una circostanza (rem peregre ferre), la quale bensì determina, ma in tutt'altra maniera, il campo d'azione del commodatario. Nè è forse accidentale che si legga: in (hoc), in luogo ad esempio di: ad (hoc) e simili. Manca infatti un contrapposto, come d'un fine ad un altro, con l'altro caso: « quod (si raffronti I. 4. 1. § 6: quasi) is amicos ad coenam invitaturus se diceret ». L' idea della determinazione del fine non viene in luce che da un punto di vista molto vago: cioè, in genere, dei fini raggiungibili portando l'argento peregre in rapporto a quelli raggiungibili valendosene, per esempio, a casa.

Così non si tratta della responsabilità del commodatario per un uso eventualmente disforme, bensì in seguito ad avvenimenti connessi alla circostanza che egli abbia portato l'argento peregre: circostanza che può benissimo coincidere con l' impiego dell'arredo nella cena agli amici.

Qui dunque i poteri del commodatario sarebbero determinati in quanto che il commodatario può (anche ?) portar seco l'argento peregre.

Altrove invece, verificandosi, s' intende casi speciali di commodato vengono determinati in quanto l'utente abbia diritto di valersi della cosa fino a un dato luogo, in un dato luogo, in particolari occasioni. Si abbia riguardo al fr. 40 D. XLVII 2 (Paul. ad Sabinum): « qui iumenta sibi commodata longius duxerit, alienave re invito domino usus sit, furtum facit » [1]). È facile argomentare in che consi-

[1]) Bas. LX, 12, 40: μακρότερον | μακρότερον ἀπαγάγῃ τοῦ τόπου δι' ὅν ἐχρήσατο αὐτό.

stesse il commodato. Può darsi però che il giureconsulto non abbia avuto presente un tipo completo di commodato. Ma se si raffronti con un altro testo, il fr. 23 D. XIII 6, l'ipotesi che il commodato sia stato determinato nel senso che il concessionario si valesse delle cose fino a un dato luogo si rende possibile Il fr. 23 (Pomp. ad Quintum Mucium) contiene questo caso: « si commodavero tibi equum quo utereris usque ad certum locum si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere equus deterior factus sit, non teneri commodati; nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum labore sustinere non potuit ». Qui par proprio delinearsi un tipo di commodato. In sostanza si fa il caso che Tizio abbia dato in commodato un cavallo a Caio, perchè se ne valga fino a un certo luogo.

Questo fatto di servirsi del cavallo fino a un certo luogo, in altri termini l'*iter* (cfr. in fine: « qui in tam longum iter commodavi ») basta a determinare il commodato. Non per questo la considerazione dell'uso, propriamente detto, della cosa diventa trascurabile. Ma per l'uso soccorre la destinazione, in genere, della cosa stessa: l'idea dello scopo, o degli scopi, è ancor più indiretta

Altrove (si verrebbe ad un altro gruppo di casi) si tratta di cose commodate « ut ad villam adduceres, ut ad bellum duceres » (fr. 5 § 7 D. XIII 6): nella forma cioè che commodato p. es. uno schiavo (ut) ad villam (adduceres), l'utente se ne sia valso come se fosse stato commodato « ad bellum ». V'hanno dunque usi e fini molteplici, molteplici forme particolari di godimento, le quali si determinano dal punto di vista generale, complessivo di servirsi della cosa in villa o per la villa oppure di servirsene in guerra.

Bisogna ora vedere se con la nostra ipotesi combinano le norme relative alla restituzione di cose date in commodato. Prima però è opportuno occuparsi d'una obbiezione, che si è mossa a quegli scrittori, i quali, come ad esempio il Vangerow e il Windscheid, sostengono essere indifferente al commodato che l'uso sia o meno determinato e che si potrebbe anche muovere data la nostra opinione, in quanto che pure secondo questa opinione si può venire in certi casi al risultato che l'uso sia indeterminato.

Si è detto che la concessione gratuita d'un « habitatio » non rientra mai nel concetto di commodato e si è detto che ciò dipende dall'uso

vario, complesso e non esattamente determinabile ab initio che l'abitazione gratuita rappresenta [1]).

Facciamo una osservazione preliminare: può darsi benissimo che la gratuita abitazione non si concilii a priori con un commodato; ma ove sia stata propriamente consentita, s'avrebbe sempre un uso determinato, sebbene più o meno ampio.

Il testo fondamentale è il fr. 1 § 1 D. XIII 6 (Ulp. ad edictum): « huius edicti quod | quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo | interpretatio non est difficilis; unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, quum Pacuvius utendi fecit mentionem. Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse quantum inter genus et speciem; commodari enim rem mobilem, non etiam soli. Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est; idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait ». Cfr. fr. 17 pr. D. XIX 5 (Ulp. ad ed.): « si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? Et Vivianus ait posse (sed est tutius praescriptis verbis agere »).

Il primo punto di quell'opinione ci pare discutibile. Viviano dice senza riserve che si può commodare un'abitazione. Non si sa che cosa Ulpiano ne pensasse e con lui, forse, il diritto giustinianeo. Certo in ogni modo che nel fr. 17 pr. si ritiene, soltanto, più sicuro agere praescriptis verbis. A questo frammento si può accostare il fr. 17 § 3 D. XIX 5, già esaminato: « si quum unum bovem haberem et vicinus unum placuerit inter nos ut per denos dies ego ei et illi mihi bovem commodaremus ut opus faceret et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum praescriptis verbis agendum est ». Si noti « commodaremus », e successivamente: « quia non fuit gratuitum commodatum »: eppure qui si esclude proprio l' « actio commodati ».

Rimane tuttavia che il commodato d'un' « habitatio » si palesa come qualche cosa di speciale, se si vuole anche, di anormale. La ragione, come si vede, non è espressa. La ipotesi suesposta parte dall'idea che « habitatio » sia per l'edificio. Tale è il senso in parecchi testi, come il fr. 40 D. de usu XXXIII 2, il fr. 34 pr. D. eod., il fr. 5

[1]) Ferrini, op. cit. LIII, p. 57.

D. loc. XIX 2, i fr. 9 pr. (cfr. § 1), 19 § 6, 25 § 1 D. eod. Ma, per esempio, il fr. 24 § 2 D. eod. è così espresso: « Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit potest dominus si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum iis statim agere ». L'« habitatio » qui rappresenta al più un'idea parallela. Sussiste all'edificio nello stesso rapporto della coltura rispetto al fondo rustico. Forse è ancor meglio attenersi solo al nostro frammento. A un certo punto « commodare » vale indifferentemente per i mobili e per le « res soli »: l'evoluzione non fu forse di pura terminologia giuridica. Segue: « Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait ». Si può pensare ad una « res soli », in ispecie, un edificio. V'ha però « amplius », il quale, a lato di « etiam » (« amplius etiam »), in riferimento immediato alle « res soli », sopraggiunte alle mobili, fa meglio supporre qualche cosa di diverso, per dir così, d'ulteriore. Non è tuttavia necessario pensare all'« habitatio » in senso tecnico. Forse si è davanti una fase storica in corso di sviluppo: anche se « habitatio » indichi la così detta servitù, perchè non si palesa che questo tipo soltanto. « Commodare » (ormai il generico « utendum dare » non viene in considerazione) vale esattamente per cose mobili e anche per « res soli »[1]). Altrimenti la figura giuridica parve a taluni giureconsulti, forse ai più, non sempre un vero e proprio commodato[2]).

[1]) S' intende in senso tecnico. Perchè il vocabolo era della viva pratica. Spesso è difficile determinare se sia adoperato con valore giuridico. In questo caso sussiste, indifferentemente, per atti diversi da commodati propriamente intesi, di solito mutui (citiamo a caso PLAUT. *Asin.* III, 3, 135: « viginti argenti commodas minas, etc. »). Verrebbero anche in considerazione, sempre che il senso non sia metaforico, figure, che restarono, come tali almeno, fuori del diritto: « commodare operam, operas ». Per esempio, PLIN. *Ep.* II, 11, 23: « operam suam Prisco ad turpissimum ministerium commodasse ». Cfr. PLAUT. *Rud.* II, 4. 21: « cur tu operam gravare, amabo, quam hostis hosti commodat? »; 22: « civis civi commodat? ».

[2]) Dato un simile svolgimento non occorre soffermarsi in particolare sopra il fr. 24 D. *de serv.* VIII, 3 (POMP. *ad Sabinum*): « ex meo aquaeductu Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare; Proculus contra, ut ne in meam partem aliam quam ad quam servitus acquisita sit, uti (duci?) ea possit; Proculi sententia verior est » (PEROZZI *Bull. d. Ist.* VI; FERRINI, op. cit. p. 69 sgg.). Le questioni che si sono fatte su questo frammento sono a noi estranee. Si rammenti quanto a « commodare » che per Labeone il vocabolo s'applica propriamente alle cose corporali mobili (fr. 1 § 1 cit.).

La soluzione del quesito[1]) della restituzione di cose commodate si presenta spontanea quando sia stato prescritto un fine[2]).

Ma ove ciò non sia stato fatto quand'è che il commodante può pretendere con successo la restituzione della cosa? Vale in parte il fr. 5 pr. D. XIII 6: «si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit officio iudicis inest ut rationem loci vel temporis habeat»; si potrebbe avvicinare il caso del fr. 17 § 3 D. XIX 5, già esaminato: «ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus».

Altro è il sussidio che invece si ritrae dal fr. 17 § 3 D. XIII 6 (Paul. ad ed). Il passo fu certo modificato dai compilatori. Però la prima parte è forse genuina: «sicut autem voluntatis et officii magis

[1]) Altri quesiti stanno invece a sé. Così il quesito della responsabilità in cui incorra il commodante quando ritoglie arbitrariamente la cosa. Per risolverlo, forse, soccorre il fr. 17 § 3 D. XIII, 6 (v. testo) in quanto si parla d'una sottrazione intempestiva dell'uso. Anche il quesito se, e quando, il commodante, riprendendosi la cosa, commette un furto: si vegga del resto il fr. 5 § 12 D. XLVII, 2 (PAUL. *ad Sabinum*): «ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem».

Si domanda anche se il commodante può ripetere la cosa: I. quando ne abbia urgente bisogno e l'utente non venga a soffrire un danno incomparabilmente maggiore; II. quando abusi della cosa. Parecchi scrittori hanno risposto affermativamente, sull'analogia della locazione: c. 3 *C. I.* loc. IV, 6: «diaetae quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invito te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominum eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es». Siamo su di un terreno molto incerto. Per l'abuso soccorre in certo modo il fr. 17 § 3 D. XIII, 6, al quale non si ha avuto ordinariamente riguardo: «tunc finem praescribere — atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit etc.». Ora, quando il commodatario abusa, si potrà dire che la pretesa del commodante è intempestiva? Il frammento si riferisce al caso che il commodatario usi normalmente. Il malo uso, come contrasta con la volontà del commodante, contradice agli impegni assunti dal commodatario. — L'altro caso è molto più dubbio. Si è obbiettato che si tratta di una disposizione, in quanto concerne la locazione, di natura affatto singolare e, come tale, non suscettibile di analogia (cfr. FERRINI, op. cit. LIII, p. 307). L'obbiezione è giusta, ma come obbiezione di metodo. Può darsi che si venga allo stesso resultato partendo dal commodato. Manca però una traccia sicura. Solo che il commodato nella sua normale funzione vien dichiarato un «beneficium» (fr. 17 § 3 cit.: «eius est qui beneficium tribuit»): un tale carattere è certamente estraneo ad una locazione, eppure vi ha quella norma. Se si trattasse d'una norma comune essa avrebbe forse in ciascun caso una base propria.

[2]) c. 3 *C. I. d. comm.* IV, 23. Cf. fr. 5 § 12 D. XIII 6.

quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit ». Questa parte non concerne la restituzione, ma si riconnette al quesito della determinazione dell'uso. La nota definizione del Donello (commodare est rem quae usu non consumitur mobilem seu immobilem utendam gratis dare *praescripto utendi fine aut modo*) [1]) pare inspirata a tale frammento, dove, però, la determinazione del modo e del fine apparisce come una facoltà del commodante, che certo non gli può esser negata. Il testo continua: « quum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque ».

È forse inutile insistere su quelle parole: « id est postquam commodavit », quando si abbia riguardo alla forma (specie « id est ») e al nesso artificioso e stentato col rimanente. Anche « retro agere » palesa probabilmente un'altra mano. Bastano il « finem praescribere » e l'« intempestive usum commodatae rei auferre ». Si nota come una tendenza a precisare, ad arrotondare, la quale, vedremo, s'accentua successivamente.

Invece l'« officium » risponde a quanto fu detto prima (sicut autem voluntatis et officii - non officium tantum impedit). Dei dubbî può destare l'ultimo punto: « sed et suscepta obligatio (?) inter dandum accipiendumque ». Però in altri testi si trova: « inter dantem accipientemque », e, forse, la dizione (rimarrebbe però ancora *obligatio*) ne risulta migliorata e meglio rispondente al giurista.

Segue: « geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones ut appareat quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles, ut accidit in eo qui absentis negotia gerere inchoavit. Neque enim impune peritura deseret, suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset; voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare, etc ».

Di già le prime parole: « geritur enim - actiones », furono riconosciute non genuine [2]). Così le successive « ut appareat », almeno

[1]) *Comm. iur. civ.* XIV, 2. Cfr. Cuiacio, *Opp.* (Lut. Par. 1658), IV, 1, p. 657 (v. anche p. 660).

[2]) Pernice, *Parerga* III, p. 250, n. 2.

fino a « actionesque civiles ». Ma se il periodo potrebbe pur terminare precisamente qui, senza scapito del senso, il rimanente (ut accidit in eo qui absentis negotia gerere inchoavit) vi si lega direttamente. Nè si può certo annettere alla parte forse quasi per intero genuina il periodo seguente: (neque enim impune peritura - consummare), a parte le curiose osservazioni che qui si contengono.

Seguono, quasi inaspettatamente, due casi di commodati, esposti in modo semplice e piano, i quali invece si riferiscono senza sforzo ai due primi punti del frammento: « igitur si pugillares mihi commodasti ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo; nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris; adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet ». Il passo termina: « ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est ». Come si vede, col secondo caso s'innesta in modo non spontaneo un terzo: « aut etiam sciens vitiosa (tigna) commodaveris »[1]).

Sono tuttavia frammiste alcune motivazioni, se così si possono chiamare, che si sarebbero potute omettere: « nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet ». La prima, « mutatis mutandis », sarebbe quasi del tenore di quella osservazione: « neque enim impune peritura deseret ». Comunque in sè non hanno molta efficacia. Forse si riconducono a quella tendenza di completamento o d'integrazione, a cui fu accennato. Quanto alle parole finali: « ex quibus causis, etc. », sono affatto inutili, dal momento che già si disse prima: « (geritur enim negotium invicem) et ideo invicem propositae sunt actiones »; ancora: « converti in mutuas praestationes actionesque civiles ». Di più sembrano rispecchiare la concezione classica dei giudicî contrarî[2]), la quale non collima con la giustinianea che si ribadisce nelle parole suddette. A nostro parere tutto il frammento si potrebbe ridurre press'a poco così: « sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Quum autem id fecit, tunc finem praescribere atque intempestive usum commodatae rei auferre, non offi-

[1]) Bertolini, op. cit. p. 302, n. 3.
[2]) Pernice, loc. cit.

cium tantum impedit, sed et suscepta obbligatio (?) inter dantem accipientemque. Igitur si pugillares mihi commodasti ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo. Idemque est si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est ».

Che l'opera dei compilatori abbia un'influenza intrinseca, sarà da discutere, se del caso, in ordine alle gestioni d'affari. Non parrebbe, in altre parole, che il pensiero di Paolo sopra il commodato sia stato svisato oppure sensibilmente modificato. Ora nel secondo punto del frammento (quam autem id fecit, id est postquam commodavit) vengono in rilievo due fatti: « finem praescribere », « intempestive usum commodatae rei auferre ».

Trattasi di due fatti, i quali possono presentarsi connessi: prescrivere un fine di guisa che ne derivi una sottrazione intempestiva dell'uso. Ma il secondo (intempestive usum – auferre), in ispecie, si può intendere anche a sè.

Prescrivere un fine si può intendere tanto per un nuovo fine, tanto per il caso che prima non sia stato prescritto alcun fine; così sottrarre l'uso tanto per il caso che ciò non sia stato fatto; forse il passo ha specialmente riguardo a questi due ultimi casi: « quum autem id fecit » sembra riferirsi a « modum commodati finemque praescribere ».

Può avvenire che vi siano altre determinazioni, estranee al fine o all'uso, come il tempo, l'iter, ecc.; si può parlare egualmente di una sottrazione intempestiva, sia direttamente, sia in riferimento alla prescrizione d'un fine. Può darsi perfino che vi sia il criterio generale della destinazione della cosa: anche per questo caso, che diremmo estremo, valgono quelle parole: « finem praescribere, intempestive usum, etc. ».

Se ci è lecito dire, il passo non potrebbe rispondere meglio alla nostra opinione. Con l'una e con l'altra delle ipotesi, che si contendono principalmente il campo, si dà al frammento un carattere unilaterale, che assolutamente esso non presenta.

GIOVANNI CICOGNA.

ANCORA SULLA SCRITTURA DELLA FORMULA

NEL PROCESSO FORMULARE ROMANO [1])

« Tutto ciò che l'opinione dominante poteva ancor gettare sulla bilancia contro il peso degli argomenti che militano in favore della formula orale, si è addimostrato privo di alcun valore. Neppur la prescrizione longissimi temporis potrebbe salvare dall'attacco che le vien mosso la teoria dominante, rimasta pacifica ed indisturbata fin dal 1827, dall'anno cioè della pubblicazione dell'opera di Keller sulla litis contestatio; perocchè neppure il resistere per secoli ha forza di trasformare in verità un errore; e non perchè per ottant'anni circa fu chiamata scritta, la formula è stata davvero mai tale. Dovrebb'esser tempo ormai di romperla col dogma della formula scritta ».

Con queste parole lo Schlossmann chiude il suo nuovo lavoro diretto a rinforzare la dimostrazione da lui già tentata in un precedente libro (*Litis contestatio*, Leipzig, 1905), che cioè la formula del processo romano è una formula orale, pronunciata dalla parte, e non un documento scritto che fa parte integrante del processo e che è o dal magistrato o dall'attore apprestato, per esser poi rimesso al giudice. Il tono fermo ed energico dell'affermazione finale, posta a mo' di conclusione allo scritto, farà forse pensare che ormai le ultime obbiezioni cui prestava ancora il fianco la novella teoria sostenuta in quel libro (un ampio resoconto ne diedi già nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* XVII, p. 149-190), sieno cadute, e prove definitive e irrefutabili sieno alfine trionfalmente venute a seppellire per sempre la dottrina antica. In

[1]) A proposito della recente monografia di SIEGMUND SCHLOSSMANN, *Praescriptiones und praescripta verba. Wider die Schriftformel des römischen Formularprozesses.* Leipzig, Deichert, 1907, in-8, p. 50.

verità, ogni persona ragionevole che le legga vi sarebbe autorizzato; ed io stesso, che per prima volli leggere l'ultima pagina del lavoro, non m'aspettava altro da quelle che la precedono, sicuro che ormai una dimostrazione esauriente m'avrebbe convertito e persuaso quanto non avevan potuto tutti gli argomenti svolti nell'opera maggiore.

Ma, lo dico schietto, la dimostrazione è completamente mancata. E la dottrina antica rimane ancor viva ed integra, anzi tanto più salda ed incrollabile, quanto maggiore è stato lo sforzo compiuto per abbatterla.

Uno degli argomenti più gravi, l'argomento anzi che più eloquentemente parla in favore della scrittura della formula (tutti gli altri, contro i quali è pur insorto lo Schlossmann, non vengono qui in considerazione, ma non possono davvero considerarsi distrutti dalla critica fattane dallo Schlossmann, siccome ho rilevato nel citato mio rendiconto) è fornito dal nome che ad una parte di essa dà la terminologia processuale romana e dalla etimologia che Gaio assegna a questo termine La parola *praescriptio* s'è infatti considerata sempre l'indice più sicuro della esistenza d'una formula scritta, specialmente quando gli è uno scrittore classico il quale afferma, che le praescriptiones son così chiamate dall'essere scritte ante formulas e soggiunge esser ciò '*plus quam manifestum*' (Gai. IV, 132). Di fronte a cosiffatta testimonianza, che da sè sola bastava a far precipitare tutta la nuova dottrina della oralità, lo Schlossmann era ricorso nella sua 'Litis contestatio' ad un espediente: non potendosi toglierle fede, egli aveva immaginato che ciò dovevasi intendere *pel caso* in cui la formula veniva scritta; perocchè lo S. non negava e non nega la *possibilità* che la formula orale si redigesse in qualche caso e, anzi, frequentemente, per iscritto, ma impugnava ed impugna il principio che l'atto *dovesse* essere un atto scritto. Non tentava però in alcun modo di spiegare lo strano fenomeno, che un atto giuridico prendesse nome, piuttosto che dalla forma normale nella quale esso si compie (essendo per principio *orali*, le praescriptiones avrebbero dovuto denominarsi piuttosto *praedictiones*, come può darsi ve ne sieno state nel processo orale delle legis actiones, cfr. Keller, *Proc. civ. rom.* p. 150, n. 499), da quella eccezionale ed anormale che si venne introducendo solo più tardi e che, pur allargatasi nell'uso sì da divenire universale, avrebbe tuttavia lasciato sempre intatto il principio della oralità. Preferiva

invece sorvolare sulla gravissima obbiezione, mostrando di contentarsi d'una spiegazione che al contrario non era punto atta a rimuoverla.

Oggi, ritornando su quel punto, lo S. s'accorge quanto fallace e poco serio fosse il suo modo di sbarazzarsi di quella testimonianza. E tenta quindi una nuova via, la quale sia atta a conciliare con la dottrina della oralità la testimonianza Gaiana, e a togliere per conseguenza ogni peso all'argomento che tutti gli scrittori, dal Keller in poi, avevano creduto loro stretto dovere di trarne.

E la spiegazione è veramente singolare. Essa si fonda sopra una significazione traslata del verbo *praescribere* (in senso però diverso da quello voluto da altri, quali il Krüger, come accennerò più oltre). Ed è notevole come per arrivarvi lo S. segua una via, che non era fatta davvero per condurre a quel punto.

Egli infatti si sforza da principio di ricercare se - dovendosi abbandonare ogni spiegazione che prescinda dal significato letterale di *scrivere* contenuto nel *praescribere* (e così tanto il 'praefinire' del Krüger quanto altre accezioni analoghe, 'indicare', 'mostrare') - non sia possibile dall'esame del valore che il *prae* ha nella parola praescriptio trarre una significazione, che non porti necessariamente a conchiudere per la scrittura della formula. Ed osserva che il *prae* può essere interpretato in duplice modo, a seconda che gli si attribuisca valore di tempo o di luogo. Può infatti trattarsi o di cosa che viene scritta *avanti* ad un'altra, precedendola di posto, ovvero di cosa che viene scritta *prima*, cioè in un momento anteriore. Ora soltanto nel primo caso è inevitabile conchiudere dalla scrittura di ciò che precede alla scrittura di ciò che segue, in quanto non può concepirsi alcunchè di precedente in uno scritto senza ammettersi che sia scritto anche ciò che sussegue. Non è necessaria tale deduzione nel secondo, potendo ben parlarsi di qualcosa che debba farsi prima di altre e per iscritto, mentre le altre che debbono farsi dopo non richiedono tale forma.

Ciò posto, potrebbe pensarsi che nella formula processuale vi fosse una parte che, oltre a venire innanzi alle altre, doveva essere scritta (praescriptiones), e ve ne fossero altre che venivan dopo, e che potevan essere o scritte o pronunciate.

Ma, dopo aver accennato a tale ipotesi (faccio grazia al lettore di molte e curiose osservazioni dell'A. in materia di prospettiva, per de-

terminare il valore del *prae* secondo che il foglio contenente lo scritto si guardi perpendicolarmente od orizzontalmente, ed altri simili amenità poco giuridiche) lo Schlossmann è il primo a respingerla, per la manifesta ragione che non s'intende perchè una tale parte della formula (si parla qui delle praescriptiones pro actore, che appunto precedono) avrebbe dovuto essere scritta, mentre le altre erano soltanto pronunciate.

Sicchè s'induce a proporre la seguente, avvertendo peraltro che essa non ha valore che per le sole praescr. pro actore, per le quali soltanto è vero che precedessero, nella formula, le altre parti, dacchè le praescr. pro reo, e per tutte le praescr. 'si in ea re praeiudicium non fiat', non le precedevano. Le clausole limitatrici dell'obbietto della controversia erano già, egli dice, contenute nei formulari apprestati dal pretore nell'editto: a questi formulari si ricorreva per comporre le formule nei casi pratici. Ora, poichè nell'editto tali clausole precedono, esse appariscono nell'editto stesso, che è scritto, siccome *scritte innanzi* al resto. Tolsero quindi da ciò il nome di *praescriptiones;* ma ben presto il nome stesso, passato nell'uso, venne a designare anche la corrispondente clausola della formula concreta e reale, che nel caso pratico doveva essere semplicemente pronunziata.

Ma questa spiegazione, come ho accennato, non vale secondo lo Schlossmann che per le sole praescr. pro actore. È soltanto per queste cioè che può considerarsi giustificata l'affermazione di Gaio, poichè per esse è almeno vero questo che, se non nella formula, erano nell'albo scritte innanzi alle altre parti del dettato del pretore. Non può dirsi altrettanto per le praescr. pro reo, che si trovano inserite nel corpo della formula.

Come mai adunque si giustifica l'attestazione di Gaio, se essa, espressa in termini generali, si riferisce indubbiamente alle une e alle altre? E che cosa dovrà qui significare praescriptio, se non ha valore il suo significato etimologico?

La notizia di Gaio sarebbe, sotto questo riflesso, interamente falsa. E la falsità risiederebbe per l'appunto nell'aver egli enunciato in forma generale cosa che non era applicabile se non ad una soltanto delle due categorie di praescriptiones. E come e perchè falsa? Egli parla, dice l'A, delle praescriptiones subito dopo aver esposto la dottrina delle exceptiones, avendo in mira sopratutto, come in queste così in

quelle, il lato formale. E il lato formale delle praescriptiones viene per lui in considerazione precipuamente in riguardo a quelle pro actore, in quanto vi vede una determinata concezione di parole (ea res agatur) e una determinata posizione di esse nella formula. Dato questo indirizzo del suo pensiero, gli accade naturalmente, avendo per prime menzionato le praescr. pro actore (IV, 130-131), di soggiungere il perchè della loro denominazione (IV, 132). Ed essendo la denominazione identica anche per quelle pro reo, dovè sembrargli ragionevole esprimere anche per queste la identica spiegazione, tuttochè esse non precedessero, ma fossero incorporate nella formula. Il che lo trae ad immaginare che un tempo (olim) anch'esse si scrivessero innanzi alla formula. Ma quando poi si volge a ricercare nel vasto campo delle innumerevoli difese del convenuto alcuna che valga come esempio di praescriptio, e s'accorge di non trovarne più nessuna che sia rimasta ancora in vita al suo tempo, è costretto, per coonestar la dottrina dianzi esposta, a scegliere una delle exceptiones; e caduta la scelta sulla exc. 'si hereditati praeiudicium non fiat', a dare ad essa la forma esterna di una praescriptio, premettendo al 'si in ea re' quel 'ea res agatur', che costituisce l'introduzione e l'indice formale esterno delle praescriptiones pro actore ('ea res agatur cuius rei dies fuerit'; 'ea res agatur de fundo mancipando'). Gaio stesso è, insomma, tratto in inganno dal fatto che al tempo suo in tutti o quasi i processi le parti avranno adottato l'uso di scrivere la formula, pel maggior comodo che nella preventiva scrittura trovava chi doveva poi farne la pronuncia orale; e scambia il fatto puramente accidentale per un elemento sostanziale dell'atto.

Ora, disconosciuto ogni valore all'asserto di Gaio, l'origine del nome praescriptio nelle praescr. pro reo va ricercata, dice lo S., nella terminologia processuale del diritto attico e precisamente nel termine παραγραφή (παραγράφεσθαι), che in esso designa ogni eccezione del convenuto o dell'accusato, la quale tenda comunque a negare la esperibilità dell'azione attaccando nelle sue basi il processo. Praescriptio sarebbe dunque la riduzione letterale latina di παραγραφή; e il concetto dell'una sarebbe perfettamente identico al concetto dell'altra, poichè anche le praescriptiones hanno lo scopo d'impedire, senza la necessità di esaminarsi il merito della domanda, che l'azione e quindi lo svolgimento del processo abbiano luogo.

In modo molto più sommario poi lo S si sbarazza della difficoltà che alla sua tesi potrebbe crear la denominazione speciale che ha l'a. praescriptis verbis, (posto ch'essa sia classica, e non di creazione giustinianea), in quanto anche per essa si è costretti a pensare ad una formula scritta, in cui i *praescripta verba*, designanti il rapporto giuridico ch' è di fondamento all'azione, non possono intendersi altrimenti se non come premessa scritta ad altre parti, pur esse scritte, della formula. Egli non nega che qui il *praescribere* non può altrimenti intendersi che nel senso di scrivere, ma non crede che, ammessa la scrittura di questi verba, si debba necessariamente conchiudere per la scrittura di tutta la formula, mentre esclude affatto (e ciò è notevole, chè la medesima ragione avrebbe dovuto valere anche per le praescriptiones!) che potesse trattarsi di parole, le quali dovevano essere pronunciate e che l'uso fece poi scrivere, non potendosi ragionevolmente concepire derivato il nome tecnico dell'azione da una scrittura meramente facoltativa. Pensa piuttosto che, data la varietà dei fatti su cui quell'azione poteva fondarsi, si richiedesse già nel procedimento *in iure* la preventiva fissazione per iscritto dei medesimi; e che pertanto la formula dell'azione si pronunciasse, come tutte le altre, salvo il rinvio allo scritto per quanto concerneva i fatti. La indipendenza dei praescripta verba dalla formula sarebbe, a suo avviso, comprovata dalla l. 33 (34) § 1 C. 2. 4, ove le parole ' praescriptis verbis actione civili subdita... agere potes ' sarebbero da leggersi così: ' agere potes actione civili subdita praescriptis verbis ' (dativo), di guisa che actio e praescripta verba sarebbero due parti distinte, non queste una caratterizzazione di quella.

Io confesso che tutta questa ricostruzione arbitraria non mi ha punto convinto; e dubito fortemente che sia per convincere alcuno.

Già, innanzi tutto, è affatto infelice il modo col quale si tenta di toglier valore alla frase praescriptis verbis, che nella locuzione classica ' agere praescr. verbis ' allude manifestamente a parti scritte della formula. Nè occorre, come fa lo S., conceder per ipotesi che l'actio pr. v. sia classica, quasi che, riconoscendosene poi la origine post-classica, si possa affatto prescindere dall'argomento che il praescriptis verbis fornisce alla dottrina della scrittura; poichè l'argomento permane, se si ammette, come devesi, che con ogni probabilità l'actio pr. v. è di creazione bizantina (molto interessanti sono, del resto, le

osservazioni fatte nella n. 1 a pp. 29-31 circa il modo assai vario con cui i bizantini traducono actio e agere pr. v.), e che il diritto classico non conosce se non un semplice agere pr. v. Esse vi alludono difatti in guisa, che si deve ritenere avere i praescripta verba sostituito la demonstratio normale, in questi rapporti resa impossibile dalla difficoltà di enunciare con un nome o con una breve frase il negozio. Numerose non sono le attestazioni delle fonti a questo proposito; ma pur quelle poche che abbiamo possono reputarsi sufficienti, essendo esplicite e chiare, come la l. 6 § 1 C. 2. 4 ('utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam *demonstrat*') e lo sch. di Stefano alla l. 7 pr. § 1. 2. D. 2, 14, Heimb I, p. 560, già citato dal Ferrini, *Pand.* p. 677, n. 2 ('διὸ δίδωμι τὴν ἰγκέρταν, τουτέστιν, τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἥτις διηγεῖται μεν ὡς ἐν δεμονστρατίωνι τὸ πρᾶγμα' [ideo incertam tribuo, idest, praescriptis verbis actionem, quae rem *quasi demonstratione* enarrat]).

Ora, come ammettere che questa parte contenente la descrizione degli elementi di fatto su cui il rapporto sorge siasi staccata dalle altre parti della formula? E, peggio ancora, quali possono essere mai state le ragioni che indussero a scriverla preventivamente, sì da rendere obbligatoria questa formalità, mentre per tutto il resto essa non lo era? Lo S. non sa, invero, indicarne alcuna; e quando s'incontra in una dichiarazione così eloquente qual'è il testo della c. 6 § 1, piuttosto che trarne la sola conseguenza legittima, esser cioè i praescripta verba rappresentati siccome una parte integrante dell'actio, si sforza di toglierle valore e dice doversi qui actio intendere siccome l'insieme dei vari elementi su cui l'iudex dovrà pronunziarsi ('unter actio alles das vorstellt, was dem iudex von den Parteien in den vom Magistrat formulierten Sätzen vorzuführen ist!').

Sforzata poi è la interpretazione data alla frase della c. 33 (34) § 1. Il congiungere 'subdita' a 'praescriptis verbis', in guisa da far dire al testo che la formula dell'azione s'aggiunge ai praescripta verba, i quali rimarrebbero fuori e indipendenti dalla formula stessa, è in aperta contraddizione coll'uso costante che le fonti fanno delle locuzioni 'actio, agere pr. v.'. Ciò che qui è possibile, sintatticamente, per la presenza del 'civili', non è possibile in nessun altro caso. 'Subdere' come 'subicere' hanno sì il significato che lo S. accenna, oltre quello in cui è usato il 'subdita' nella nostra cost.; ma anche

in quel significato di 'aggiungere' non è escluso il concetto che ciò s'aggiunge s'unisca e formi un tutt'uno col resto: basterebbe ad es. il 'deinde formula subicitur' che Gaio, IV, 137 scrive per le praescriptiones; non significa qui appunto che 'premessa la praescriptio, si fanno seguire le altre solite parti della formula, per comporsi la formula nuova?'.

Meno ancora sembrano validi gli espedienti escogitati per le praescriptiones. Si osservi preliminarmente che, per quanto attiene al significato della parola nelle praescr. pro reo, appare per lo meno strano che esso sia così profondamente diverso da quello che dovrebbe valere per le pr. pro actore. Le une e le altre sono in sostanza, sebbene producano effetti diversi derivanti appunto dalla diversità della parte che ne fa uso, rami d'un medesimo tronco, attuazioni di un identico concetto: limitano cioè ambedue il campo della controversia, o sottraendo alcuni determinati rapporti all'esperimento processuale per impedire la consumazione della relativa azione, ovvero inibendo tutto intero il processo, che così vien fatto cadere.

Come accade dunqne che le une prendan nome da una speciale posizione loro nell'editto, le altre invece da una analogia col processo greco? E non è, più che strano, addirittura straordinario questo curioso caso fortuito, che due forme d'un unico istituto si trovino a ricevere una denominazione *identica* non già per la riconosciuta identità di esse, sibbene per effetto di circostanze estrinseche tutt'affatto indipendenti l'una dall'altra?

Ma, a parte ciò, non è provata la derivazione di praescriptio (per le pr. pro reo) da παραγραφή, ed è più che mai dubbia la duplice interpretazione che, alternativamente, è proposta per le praescr. pro actore.

Che παραγραφή sia nella terminologia del processo attico adoperato a designare l'eccezione, anzi quella particolar forma di eccezione che tende a rendere impossibile lo svolgimento del processo, niun dubbio. Ma che tra essa e la praescriptio del processo romano siavi così stretto nesso di dipendenza, da doversi questa ritenere derivazione di quella, non vedo punto dimostrato. V'ha anzi in contrario, ed *a priori*, un'obbiezione di natura generale, che, comunque essa valga, impone con maggior rigore la prova dell'asserita derivazione; ed è che in materia processuale mancano affatto (o son molto rari)

altri esempi di recezione della terminologia greca nella latina, almeno pel periodo più antico del processo classico romano, cui pur si deve rimontare, quando si rifletta che già al tempo di Gaio sono da un pezzo tramontate le praescriptiones pro reo! E poi, che cosa proverebbe *in sè* la derivazione del termine del processo attico?

Allo S. essa serve, evidentemente, a distruggere la testimonianza di Gaio. Ma si può dir con ciò distrutto il valore di prova in favore della scrittura, che v'è implicitamente contenuto? Se la traslazione s'immagina avvenuta quando già nella terminologia greca il παραγράφεσθαι aveva perduto il senso specifico di alcunchè di scritto che si oppone ad una contraria affermazione (in questo senso s'incontra ad es. nelle fonti greche un παραγραφικός λόγος, cfr. Walz, *Rhéteurs grecs*, 3. 18; 5. 163) e quando per astrazione si è giunti a concepire la παραγραφή come affermazione ch'è contro (παρὰ) l'azione (γραφή), senza una particolare accentuazione del γράφειν, può ancora ammettersi il passaggio del termine dalla Grecia in Roma nella sua significazione astratta? senza cioè che l'operazione della riduzione dall'una lingua nell'altra richiamasse punto l'idea dello scrivere? L'astrazione, possibile in una stessa lingua per effetto d'un uso precedente (così per le molteplici differenziazioni del primitivo significato del praescribere in quelli traslati di 'disporre', 'ordinare', 'limitare' ecc.), non sembra facilmente ammissibile quando il passaggio in un'altra inevitabilmente rievoca il significato proprio della parola. E se poi l'astrazione del παραγράφεσθαι non era ancora compiuta quando i Romani l'avrebbero accolto nel loro vocabolario giuridico, che cosa costringe a ritenere ch'essi abbiano assunto il termine nel suo senso traslato, di cosa che si contrappone, indipendentemente dalla scrittura?

Lo stesso Partsch, d'altro canto, che per primo sostenne siffatta derivazione (*Longi temporis praescriptio*, 1906, p 73), non mostra di dubitare dell'esattezza della informazione di Gaio.

E tuttavia consentiamo che per le pr. pro reo si debba far ricorso al processo attico. Quanti altri sforzi occorrono per trovare una spiegazione all'origine del nome in quelle pro actore!

Il meno che occorre è l'immaginare in Gaio non solo una grave ignoranza (non dico già in materia linguistica, per quanto attiene alla etimologia, ma in materia giuridica per lo scambio fatto di un ele-

mento accidentale con uno sostanziale e costitutivo della formula processuale), ma, ciò ch' è assai peggio, il proposito di falsificare.

Ch'egli abbia potuto scambiare un elemento puramente accidentale con uno essenziale, e dal fatto di una generale consuetudine di scrivere le formule essere stato indotto a credere che la scrittura fosse un elemento costante e necessario di essa, si può pur consentire in ipotesi. Ma è addirittura inammissibile ch'egli abbia commesso una sì grossolana falsificazione come quella di dar forma esterna di praescriptio pro reo ad una eccezione, pur di trovare un esempio purchessia di tali praescriptiones e di far credere che anche queste, come aveva affermato poc'anzi nel dar la definizione delle pr. pro actore, si scrivevano, al tempo in cui vigevano, innanzi alla formula.

Delle due spiegazioni tentate per determinare l'origine del nome nelle praescr. pro actore, la prima si condanna da sè, e lo S stesso, dopo averla enunciata, la ripudia. Resterebbe quella tratta dal posto ch'esse avevan nell'editto. Essa è certo assai più plausibile. Ma non è punto probante. Lo stesso editto deve aver stabilito 'quemadmodum praescribatur' (cfr. Lenel, *Edit*, I, p. 175): è esso dunque che, presumibilmente, fa proprio un nome creato nella pratica giudiziaria e detta le norme circa il modo con cui le parti debbono, nell'agire, 'praescribere'.

Della dottrina tradizionale, che insegnava esser la formula scritta dal pretore e da questo consegnata all'attore per venir poi rimessa al giudice, altri aveva già dubitato. Così il Kübler, *Ueber die Bedeutung vom iudicium und formula bei Cicero* (*Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XVI, pp. 179 181) e il Trampedach, *Die Form der Litiscontestation im Formularprocess* (ib. XVIII, pp. 135-145). Tuttavia costoro non avevano sostanzialmente impugnato la dottrina della scrittura e messo in dubbio la esistenza di una formula scritta come elemento essenziale del processo Il Kübler infatti aveva notato l'assenza di testimonianze esplicite che attestassero esser essa scritta dal pretore, non riconoscendo valore probatorio nè alle parole 'editae formulae' nè al termine praescriptio, per non esser punto detto da Gaio che il pretore scrivesse lui la praescriptio innanzi alla formula. Il Trampedach aveva, a sua volta, ritenuto non esser la scrittura un atto officiale del magistrato, ma piuttosto delle parti, alla stessa guisa ch'era affare delle parti e non del magistrato la conceptio di essa.

Ma più recentemente altri han sostenuto proprio il concetto dello Schlossmann.

Il Krüger (recensione alla *Contestatio litis* dello S. in *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XXVI, p. 541 sgg.) è il solo, ch'io mi sappia, il quale siasi dichiarato favorevole alla nuova teoria della oralità. Esaminando quell'opera, poichè nella dimostrazione data dallo S. la obbiezione fondamentale al principio della oralità offerta dalla testimonianza Gaiana risultavagli sorvolata o quasi, egli proponeva una spiegazione nuova e del termine praescriptio e dell'attestazione di Gaio, che valesse appunto a sorreggere la nuova dottrina. Il significato di *praescriptio*, ha detto il K., si deve trarre da una particolare accezione del verbo *praescribere*, non nuova nella lingua latina: nell'accezione cioè di 'praefinire' = determinare, delimitare. Ogni praescriptio conterrebbe quindi implicito il concetto d'una limitazione del campo su cui l'azione è mossa; e ciò sarebbe per conseguenza indipendente affatto dalla forma con cui la limitazione viene, nella formula, introdotta.

Argomenti in favore sarebbero la migliore rispondenza che un tal significato ha coll'uso assoluto, che si deve immaginare fatto nel linguaggio giuridico, del verbo praescribere; perocchè, se praescribere si deve interpretare nel senso materiale di scrivere, occorrerebbe sottintendere 'verba' come suo oggetto, il che non soddisfa: mentre, usato assolutamente per esprimere il concetto di delimitare, s'intende da per sè che la delimitazione è della intentio. In secondo luogo, la considerazione che nessun'altra delle parti della formula avrebbe preso nome dalla sua posizione nella formula stessa: all'infuori delle praescriptiones, tutte le altre (demonstratio, intentio, ecc.) lo hanno derivato dal loro contenuto sostanziale, dalla loro funzione. E dalla sua funzione lo deriverebbe quindi anche la praescriptio, se si ammette il significato proposto. In terzo luogo, una certa contraddizione in Gaio stesso tra ciò ch'egli dice in IV, 132 e quanto poco oltre aggiunge, IV, 136 'ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis', risultandone che adunque la praescriptio non prende necessariamente il primo posto. Due prove vi sarebbero, poi, decisive. Il testo ben noto di Cicerone (*de fin.* 2, 1, 3 'omnis autem in quaerendo, quae via quadam et ratione habetur oratio praescribere primum debet, ut quibusdam in formulis: 'ea res agatur', ut, inter

quos disseritur, conveniat, quid sit et de quo disseratur'), dal quale resterebbe comprovato come, per l'applicazione che del praescribere si fa all'oratio, esuli affatto l'idea dello scrivere dal verbo in questione e sola sia possibile quella del limitare. E l'uso del verbo praedicere, di cui si ha traccia nelle fonti giuridiche. Un testo sarebbe a questo proposito eloquentissimo, la l. 48 § 7 D. 21. 1 'cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere et *praedicere*, ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur': nel quale la materia è indubbiamente quella d'un processo e il *praedicere* ha con tutta evidenza la funzione ch'è propria delle praescriptiones pro actore, in quanto il 'praedicere ut. . de eo iterum ageretur' mira a salvar l'attore dagli effetti della consumazione della lite, pel caso in cui altro vizio apparisca oltre quello pel quale attualmente il giudizio s'istituisce.

Ma questa spiegazione è respinta dallo Schlossmann stesso. Ed io m'associo a lui, sebbene per tutt'altri motivi essa mi sembri punto soddisfacente. È invero non serio fare come fa lo Schlossmann (p. 15), che mette in dubbio l'autenticità del testo surriferito, supponendo o che il copista (il quale aveva già in questo stesso titolo scritto più volte il verbo praedicere) abbia per distrazione continuato a scrivere *praedicere* anche qui, dove invece il classico aveva *praescribere*; ovvero che i compilatori abbiano deliberatamente mutato *praescribere* in *praedicere* nell'intento di dare un'altra significazione al testo, dal momento che non esistevano più praescr. pro actore nel processo giustinianeo.

In tutto il lungo titolo 21. 1 il verbo praedicere non ricorre, all'infuori della l. 48, che tre volte; ma prima di essa due volte sole (l. 32), chè la terza volta si ha nella l. 52, cioè quando non poteva esercitare più alcuna influenza sullo scriba. E la l. 32 è di parecchio lontana dal § 7 del fr. 48, perchè l'orecchio del copista potesse ancora sentir l'eco di quel duplice praedicere e cadere in errore. Un po' più attendibile potrebbe esser l'ipotesi che la sostituzione sia stata deliberatamente voluta dai compilatori. Indubbiamente, se il testo avesse detto 'et praescribere, ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur', esso sarebbe stato il solo in tutta la compilazione, ove sarebbesi fatta espressa allusione alle praescriptiones pro a (ho riveduto tutti i testi con praescribere e prae-

scriptio nei Digesti, ed ho nuovamente constatato che non ve n' ha uno solo nel quale queste parole conservino traccia d'un uso per le pr. p. a.: cfr. l 10. 11 D. 44. 1; l. 29 pr. D. 44. 2; l. 42 D. 40. 12; l. 63 D. 42. 1; l. 3 § 1 D. 47. 15, ecc.). Ma se si rifletta alla frequenza con cui la voce praedicere ricorre in questa materia e al fatto che nello stesso titolo 21. 1 si incontrerebbe quattro volte, ogni ipotesi di sostituzione appare improbabile. Nè avrebbe avuto l'effetto propostosi una tale interpolazione: chè, dopo tutto, il praedicere avrebbe pur sempre, se non per la forma, per la sostanza richiamato le praescriptiones pro a E ciò senza osservare che lo S. non chiarisce in quale diversa significazione i compilatori avrebbero voluto intendere il passo.

Io ritengo adunque il testo della l. 48 § 7 scevro d'errori o d'emblemi: ma non perciò probante, come vuole il K, ai fini della teoria dell'oralità.

Dei termini *praedicere* e *praedictio* le fonti classiche e post-classiche fanno più volte uso. Ma la significazione normale che ad essi è data non è già quella di 'pronunziare innanzi', una significazione cioè in cui, oltre al concetto del *prae*, sia accentuato anche quello del *dicere*. Se infatti si prescinda dai luoghi in cui il verbo è assunto nel suo significato traslato di 'ordinare', 'disporre', 'imporre' (l. 7 § 2 D. 5. 3: 'dummodo *praedicatur* judici liberalis causae, ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat': l 18 pr. C. 4. 20 'omnibus *praedicimus*') e da qualche testo sporadico in cui ha particolare considerazione il *dicere* = pronunziare (l. 26 C. 6. 23: 'etiamsi non ante huiusmodi dispositionem *praedixerit* testator vel testatrix illa formalia verba'), in tutti gli altri casi l'accento non cade mai sul *dicere*, ma esclusivamente sul *prae*, sicchè il verbo esprime semplicemente il concetto di una dichiarazione che debba farsi innanzi, di un preammonimento, e vale nè più nè meno che *praemonere*. È una semplice dichiarazione che deve precedere, la *praedictio* imposta in materia di sponsores e fideipromissores dalla lex Cicereia di cui in Gaio, III, 123 ('*praedicat* palam et declaret') o quella che nella vendita all'incanto cita pur Gaio, IV, 126ª ('si in auctione *praedictum est*, ne ante emptori res traderetur, quam si pretium solverit') e nella enfiteusi Giustiniano (l. 3 § 1 D. 4. 66: 'disponimus attestationem domino transmitti et *praedicere*, quantum pretium ab alio re

vera accipit'); ha contenuto un po' più specifico negli altri luoghi, ove il significato suo proprio è di una preventiva dichiarazione che si emette allo scopo di non assumere talune responsabilità o di limitare il campo naturale delle conseguenze che da un determinato atto scaturiscono. E ciò ricorre più frequentemente in materia di editto edilicio (l. 32 D. 21. 1: 'venditor de morbo vitiove et ceteris quae ibi comprehensa sunt *praedicere* iubetur... eadem et *praedicere* et promittere compellitur'; l. 52 eod.: 'si furtum domino servus fecerit, non est necesse hoc in venditione servi *praedicere*' [cfr. l. 13 § 3 D. 19. 1: 'qui scit *praemonere* debuit furem esse']); ma tuttavia anche in altri campi, ad es. nel caso di mandato a comperare uno schiavo, che commette furto (l. 26 § 7 D. 17. 1: 'quod si ego scissem talem esse servum nec *praedixissem* ut possis praecavere'; ma il testo è interp ?), di vendita d'un fondo gravato da tributo (l. 21 § 1 D. 19. 1: 'si praedii venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex empto: quod si ignorans non *praedixerit*'), di exercitor navis che declina ogni responsabilità per le cose dei passeggieri (l. 7 pr. D. 4. 9: 'item si *praedixerit*, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores *praedictioni*, non convenitur'), di rinunzia alla praescriptio fori da parte dello sponsor (l. 7 pr. D. 2, 8: 'Sed si alias caveri non possit, *praedicendum* ei non usurum eum privilegio, si conveniatur').

Ora, non disforme da questa significazione, a me sembra esser quella in cui il praedicere è usato nella l. 48 § 7. In essa non è particolarmente accentuato il pronunziare (come accade ad es. poco prima nel § 3: 'Ei, qui servum vinctum vendiderit, aedilicium edictum remitti aequum est: multo enim amplius est id facere, quam *pronuntiare* in vinculis fuisse'), di guisa che il termine s'assuma dal giureconsulto come tecnico per la dichiarazione che è fatta dal compratore. Ciò che Pomponio vuol messo in evidenza è che, mediante una preventiva dichiarazione, il compratore può salvarsi l'esperimento ulteriore dell'azione redibitoria; il qual atto egli esprime col *praedicere* allo stesso modo che avrebbe potuto con un *praemonere* e simili.

Neppur questo tentativo del K mi sembra dunque riuscito. E se è così, la teoria tradizionale merita ancora il favore degli studiosi, essendo pur vero quanto di recente scriveva con l'alta sua autorità

il Bekker (*Zeitschr. der Sav.-Stift*, XXVII, p. 38 « A voler concedere molto, sarebbe da dirsi che la scrittura della formula non può considerarsi come dimostrata; ma la oralità lo è ancor meno. Praescriptiones e praescripta verba possono essere interpretate anche diversamente, ma con ciò non è punto confutata la significazione tradizionale ».

R. DE RUGGIERO.

L'ISCRIZIONE DI AÏN-EL-DJEMALA

SUI SALTUS AFRICANI

Nel volume XXVI (1906) dei *Mélanges d'Archéologie et d'Histoire* (pag. 365-481) il sig. Girolamo Carcopino ha pubblicato con un ampio e dotto commento un' iscrizione sui *saltus* imperiali d'Africa, da lui rinvenuta il 3 giugno 1906 a Aïn-el-Djemala (Tunisia), a 6 chilometri a sud-ovest di Aïn-Tounga nel letto del torrente Oued-Kralled. Nuove illustrazioni ha poi su di essa fornito il Mispoulet in due articoli comparsi nella *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* (vol. XXX, pag. 812 segg., vol. XXXI, pag. 5 segg.) rettificando sopra più di un punto le conclusioni dell'editore.

Crediamo di fare cosa gradita ai lettori del *Bullettino*, dando qualche breve notizia su questa importante iscrizione e riproducendone il testo secondo la lettura fattane dal Carcopino, dopo averlo però confrontato con l'eccellente riproduzione fotografica da lui pubblicata e tenendo conto delle osservazioni del Mispoulet.

L'attuale iscrizione è stata rinvenuta non lungi da Souk-el-Khmis, da Aïn-Ouassel e da Henchir-Mettich, nelle quali località, come è noto, furono trovate altre iscrizioni relative ai *saltus*, le quali più o meno direttamente si riconnettono alla nostra. Essa è incisa con cura e correttezza su quattro facce di un grosso blocco di pietra calcarea assai resistente; le lettere sono alte da mm. 23 a 28 e larghe da mm. 13 a 15. L'iscrizione consta di tre parti distinte: di una *petitio*, di un *sermo* e di una *epistula*. Il *sermo* occupa due facce, la *petitio* e l'*epistula* ne occupano una per ciascuna. Non risultando in quale ordine queste parti debbono essere lette, il Carcopino ritenne che la iscrizione cominciasse dalla *petitio* (faccia I), ad essa seguisse il *sermo* (facce II e III) e terminasse con l'*epistula* (faccia IV). Ma con buoni

argomenti il Mispoulet dimostra [1]) che l'iscrizione cominciava invece con l'*epistula* (faccia I) e che ad essa dovevano poi seguire la *petitio* (facce II e III) e il *sermo* (faccia IV). Inoltre il Carcopino, avendo osservato che le parole del *sermo* conservate nella nostra iscrizione si leggono anche in quello contenuto nell' iscrizione di Aïn-Ouassel, aveva ritenuto che l'uno e l'altro *sermo* fossero identici ed ha perciò colmato le gravi lacune, che presenta in questa parte l'iscrizione ora rinvenuta, incorporandovi le parti del *sermo* dell' iscrizione di Aïn-Ouassel. Il Mispoulet invece, pur ammettendo che il contenuto dell'uno e dell'altro *sermo* non differissero sostanzialmente, ha escluso, con ragioni che paiono accettabili, questa assoluta identità [2]). Quindi, tenendo conto di queste due osservazioni del Mispoulet, e accettando per il rimanente la lettura e i supplementi del Carcopino, ecco il testo della nuova iscrizione:

I.

[C]ARINUS ET DOR[YPH]ORUS PRIMIGE[NIO
S]UO SALUTEM. EXEMPLUM EPISTULAE SCRIP-
TAE NOBIS A TUTILIO PUDENTE, EGREGIO VIRO,
UT NOTUM HABERES ET IT QUOD SUBIECTUM EST
[C]ELEBERRIMIS LOCIS PROPONI: « VERRIDIUS
BASSUS ET IANUARIUS MARTIALI SUO SALUT[EM:]
SI QUI AGRI CESSANT ET RUDES SUNT; [SI QUI SIL-]
VESTRES AUT PALUSTRES IN EO SALT[UUM TRA-
CTU, V]OLENTIS LEGE MANCIA[NA ... [3])

(*Tracce di lettere*).

II.

(*Tracce di lettere*)

... IV / TU } ANI, ROGAMUS PROCURATO-
[RES, PER PR]OVIDENTIAM VESTRAM, QUAM
[NOMINE CA]ESARIS PRAESTATIS, VELITIS NOBIS

[1]) *Nouvelle Revue Historique de Droit*, vol. XXXI, pag. 38-41.

[2]) *Nouvelle Revue Historique de Droit* cit., pagg 7, 19-24.

[3]) MISPOULET, *Nouvelle Revue Hist. de Droit* cit., p. 33, propone di leggere: « in eo sal[tu: si quis ius exc]olentis lege Mancia[na petierit] ».

[ET MAIESTAT]I ILLIUS CONSULERE DARE NO⟨S⟩ [1])
B[IS EOS AGROS], QUI SU NT IN PALUDIBUS ET
IN SILVESTRIBUS, INSTITUENDOS OLIVETIS
ET VINEIS, LÈGE MANCIANA CONDICIONE
[S]ALTUS NERONIANI VICINI NOBIS. CU[M
ED]EREMUS HANC PE[TITI]ONEM NOST[RAM,
FUN]DUM SUPRASCRIPTUM N[ERONIANUM
ET I]NCREMENTUM HABIT[ATORUM....]

III.

(*Tracce di lettere*)

IUBEAS SERMO PROCURATO[RUM IM]-
P(ERATORIS) [C]AES(ARIS) HADRIANI AUG(USTI): QUIA CAE[SAR
N(OSTER) PRO]
INFATIGABILI CURA SUA, PER QU[AM ADSI]-
DUE HUMANIS UTILI[TA]TIBUS EXCU[BAT, OM],
NES PARTES AGRORUM, QUAE TAM OLEIS AU[T]
VINEIS QUAM FRUMENTIS APTAE SUNT [EX
C]OLI IUBET, ITCIRCO PER MISSUM PROV[ID-
EN]TIAE EIUS, POTESTAS FIT OMNIBUS E[TIA]-
M EAS PARTES OCCUPANDI, QUAE IN C[ENT-
U]RIS ELOCATIS SALTUS BLANDIANI E[T U-
DE]NSIS I[N ILLI]S PARTIBUS SUNT Q[UAE]

IV.

UR Q]UA[M ALIUNDE] O[B LEGE]M M[ANCIANAM; (?)
SET SI QUIS LO]CA NEGLECTA A CO[NDU-
CTORIBUS O]CCUPAVERIT, QUA[E DA
RI SOLE]NT, TERTIAS PARTES FRUCTUU[M
DABIT; DE] EIS QUOQ(UE) REGIONIBUS QU-
[AE EX] LAMIANO ET DOMITIANO
[SALTU] IUNCTAE TUZRITANO SUNT
[TANTUMDEM] DABIT. DE OLEIS, QUAS QUIS[Q(UE)
E POSSESSORIBU]S [PO]SUERIT AUT OLEAS[TR-
IS INSERUERIT], C[APTOR]UM FRUCT[UUM....

[1]) La lettera *s* appare probabilmente scalpellata.

L'iscrizione è mutila e il Carcopino in base ad un calcolo, di cui però il Mispoulet ha contestato l'esattezza, ritiene che essa doveva constare di 76 linee, delle quali non ci sarebbero pervenute che 41, e cioè mancherebbero in basso 7 linee sulle facce I, II, III e soltanto 6 nella faccia IV; in alto invece mancherebbero 3 linee nelle facce I, III e 1 nelle facce II e IV. Risulta indubbiamente dal *sermo* (*Sermo procuratorum imp. Caes. Hadriani Aug.*) che l'iscrizione fu redatta e incisa vivente Adriano (a. 117-138) e probabilmente, essendo egli ivi indicato senza alcun cognome onorifico, nei primi anni del suo regno.

Nella I faccia si legge la copia di una lettera di Tutilio Pudente, funzionario indicato col grado di *vir egregius*, ad altri due funzionari, certamente a lui inferiori di grado, Carino e Doriforo, la quale copia veniva da questi trasmessa a un altro funzionario Primigenio, perchè ne prendesse cognizione e perchè la pubblicasse nei luoghi più frequentati. Ma accanto a quelli ora indicati appaiono anche altri tre nomi Verridio Basso, Ianuario e Marziale. È probabile che le parole dell'iscrizione: *Verridius Bassus et Ianuarius Martiali suo salutem* possano interpretarsi nel senso che una copia della lettera in questione fosse stata trasmessa dallo stesso Pudente anche a questi altri due funzionari Verridio Basso e Ianuario perchè la comunicassero alla lor volta a Marziale; certo è però che questa parte dell'*epistula* costituisce uno dei punti più difficili dell'iscrizione, anche perchè ci presenta tutta una serie di funzionari, senza fornire elementi sicuri per decidere quale fosse il grado e l'ufficio di ciascuno. Il contenuto della lettera che veniva in copia trasmessa a Primigenio e che doveva certamente contenere istruzioni relative alla *petitio* dei coloni, è andato quasi interamente perduto. L'iscrizione conserva invece una parte notevole di questa *petitio* (faccia II), che appare diretta ad ottenere la concessione di terre paludose e silvestri per istituirvi oliveti e vigneti a termini della legge Manciana e alle stesse condizioni fatte nella concessione del vicino *saltus Neronianus*. La domanda ha esito favorevole, perchè è accolta, come risulta dal *sermo* dei *procuratores Caesaris* che è nella III e IV faccia, per quanto non appaia con sufficiente certezza a quali condizioni la concessione venga fatta.

Questi sono i punti fondamentali della nostra epigrafe. Rinviando alle dotte illustrazioni del Carcopino e del Mispoulet i lettori desi-

derosi di conoscere le non poche e gravi questioni, alle quali dà luogo la sua interpretazione, osserviamo solo che l'iscrizione ora rinvenuta è assai importante sotto diversi punti di vista, ma specialmente perchè, per quanto mutila e oscura, arricchisce il materiale epigrafico, che già possedevasi sui *saltus* imperiali d'Africa, e dà modo di completarlo. Infatti il Mispoulet crede che in base a questa iscrizione possano con certezza colmarsi le lacune dell'iscrizione di Aïn-Ouassel, di cui ora dà una ricostruzione a suo avviso completa e sicura [1]). Certo è in ogni modo che la nuova iscrizione agevola la conoscenza della storia del colonato parziario nella sua fase originaria e più fiorente, nella quale appunto fanno completamente difetto le fonti giuridiche.

A. Marchi.

[1]) *Nouvelle Revue Historique de Droit* cit., vol. XXXI, pag. 43.

RECENSIONI

Vincenzo Arangio-Ruiz. *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizi.* — Napoli, Pierro, 1906, in-8, pp. XVI-310.

Le vicende del testamento in Egitto, considerate nei vari periodi che la storia politica e giuridica della classica terra attraversò dal tempo delle dinastie fino agli ultimi momenti della dominazione romana, non sono punto agevoli a ricostruirsi, e perchè si ha in questo campo, se non meno abbondante il materiale, più interrotta la serie loro, e sopratutto perchè se v' ha materia in cui l' urto del diritto locale è più forte con le diverse e talvolta profondamente diverse concezioni delle legislazioni che per opera dei vari dominatori vi trasmigrarono, questa è appunto la successione a causa di morte e particolarmente la successione testamentaria.

I tre periodi che solitamente si distinguono da coloro che studiano gl' istituti giuridici in Egitto, l'egizio, il greco ed il romano, qui si distaccano in modo sì netto e sì profondo, da toglier quasi ogni possibilità di nessi utili tra l'uno e l'altro. Profondo è il divario tra il primo e gli altri due periodi successivi, poichè in quello manca addirittura l'istituto del testamento: vi si supplisce in parte, a quanto gli egittologi insegnano, con altre forme di disposizione dei beni pel tempo post mortem, con l'*ampa* da un canto, con la *divisio parentum inter liberos* e forse con l'adozione testamentaria dall'altro; ma un testamento vero e proprio vi rimane ignoto. Ma non meno profondo è il distacco tra il periodo greco ed il romano. Il testamento greco, pur trasportato in Egitto, vi trasmigra col suo carattere di atto diretto alla mera assegnazione dei beni, di atto cioè avente fini meramente patrimoniali, sia che l'assegnazione si attui mediante la istituzione d' un erede, sia che di questa si faccia a meno e tutto il

patrimonio si consumi con distribuzione dei singoli beni a più onorati, dei quali per conseguenza nessuno assume la figura di erede. Quanto un tal testamento sia lontano dal classico testamento romano e dal concetto tutt' affatto opposto che lo informa, e come si erri se per poco i due istituti così diversi si vogliano, come dai più s'è fatto, ravvicinare riconducendoli ad un' unica figura, pur con notevoli deviazioni e con caratteristiche proprie, non v' ha bisogno di mettere in luce, dopo le acute osservazioni del Bonfante (*L'origine dell' 'hereditas' dalla successione sovrana e le critiche al concetto* in *Filangieri*, XXX, 1905, p. 241-255); il quale ha anche qui, come suole, lucidamente posto il problema e con pochi tratti incisivi additato la soluzione.

Questo carattere il testamento greco conserva tenacemente anche nel nuovo territorio, ove a lungo fiorisce e finisce poi per mettere salde radici; e lo conserva altresì quando la nuova dominazione dei Romani tenta d' introdurvi una concezione diversa, ignota così al diritto locale come all'ellenico e al greco-egizio. Cosicchè tre gruppi distinti d' istituti, producenti per vie assolutamente diverse la distribuzione dei beni dopo la morte, si vedono sgorgar fuori dai documenti demotici e dai papiri greci; e succedersi nel tempo e sovrapporsi ed intrecciarsi, mantenendosi quasi sempre l'una figura separata dall'altra, ma talora fondendosi e mescolandosi tra le più disparate, in guisa da dare origine a tipi nuovi, in cui diventa arduo scoprire e separare gli elementi ed i fattori vari concorsi a formarli.

Codesto, ch' è il problema fondamentale che si presenta in tutte le ricerche papirologiche, acquista nell' argomento in discorso una particolare gravità, per la difficoltà di stabilire con relativa certezza dove termini il dominio dell' un diritto e dove incominci l'influenza d' un altro; e più s'accentua la difficoltà nel terzo periodo (che offre del resto ai romanisti maggiore interesse), dove l'elemento romano e l'elemento greco vengono in conflitto e più rimane incerta l'eventuale influenza che essi hanno reciprocamente esercitato sulle istituzioni testamentarie lor proprie, per la netta contrapposizione che v' ha tra esse.

Il problema è stato più direttamente affrontato dall'autore stesso in un altro suo scritto (*L'origine del 'testamentum militis'* in questo *Bullettino* XVIII, p. 171 sgg.), in cui, ricercandosi la genesi

del testamento militare romano e delle regole speciali che lo governano, si assegnano ad esso origini greche e si pone a raffronto l'istituto della διαθήκη con quello del testamento classico. Ma è pure stato veduto qui chiaramente, e trattato e discusso non solo nei rapporti tra questi due diritti, ma altresì in quelli tra il diritto romano e greco e il diritto indigeno degli Egizi L'autore ha infatti tenuto nettamente distinti i tre periodi, poichè dopo aver nell'introduzione succintamente ragionato dello stato di diritto vigente in Egitto prima della recezione del testamento greco ed aver accennato alle cagioni della mancanza dell'istituto (supplitovi da altre forme tendenti in guisa diversa ad assicurare il trapasso dei beni dopo la morte) ha separatamente trattato del testamento greco e di quello romano, raggruppando sotto ciascuno dei due istituti i vari documenti ed illustrandoli appunto siccome manifestazioni di concetti e di diritti diversi. Sono, così, raccolti insieme, come esemplari del testamento romano, il notissimo testamento di C. Longino Castore (BGU. I, 326), quello di cui è questione nel processo verbale BGU. I, 361, l'altro di cui al pap. Catt., i testamenti dei veterani Fabricio Macro di cui in BGU. I, 327, e Antistio Gemello di cui in BGU. II, 613. Vanno assegnati al tipo greco – pur non essendo naturalmente riproduzione genuina del testamento greco, poichè sul suolo egizio l'istituto ellenico si modifica e assume una peculiare figura, che possiamo chiamare del testamento greco-egizio – quasi tutti gli altri che abbastanza numerosi i papiri ci hanno conservato e dei quali i più notevoli sono quelli di Filone (P. Petr. II, Intr. p. 23), di Peisias (P. Petr. I, 12), di Pachnubis (*Arch. f. Pap.* I, p. 63), di Akousilaos (Oxy. III, 494, cfr. su questo anche Bortolucci nel secondo articolo dei suoi *Studi romanistici*, 1906), di Aynchis (Oxy. III, 634), di Pekysis (Oxy. I, 105), di Dionysios (Oxy III, 489), di Tastraton (ib. 490), di Eydaimon (ib. 494), di Thatres (ib. 492), di Petosarapis (ib. 495), quello congiuntivo di Pasion e Berenike (ib., 493), i due testamenti di Dryton (Grenf. I, 12 e 21) e vari altri. Forme intermedie si hanno invece nei testamenti di Aurelio Kollouthos (p. Stud. I), in quello di Abraham (P. London, I, 77) e nei due di cui al pap. Ran. 1702 e Grenf. I, 62, dove ora predominano gli elementi romani, ora gli ellenici e bizantini: figure miste, sorte dalla fusione dei vari fattori che vengono in contrasto sul territorio egizio e che son perciò le più ardue a classificare.

La caratteristica più essenziale del testamento a tipo ellenico è l'assenza della vera e propria istituzione di erede, quale si ha nel testamento romano. Le formule che si ritrovano negli atti aventi questo tipo sono costantemente o la dichiarazione di voler lasciare le proprie sostanze agli onorati (καταλείπω τὰ ὑπάρχοντα ἐμοὶ πάντα, καταλείπω καὶ δίδωμι, συνχωρῶ ἔχειν ecc.) ovvero la dichiarazione di lasciar Tizio o Caio come erede (κληρονόμον καταλείπω), seguìta normalmente da disposizioni identiche alle precedenti, poichè anche in tal caso non si omette mai di designare con cura i singoli beni che all'erede dovranno pervenire e gli oneri che il testatore vuole gli siano a carico. La prima formula pare costante ed esclusiva nell' epoca tolemaica (cfr. P. Petr. I, 12; II, Intr., p. 23; Arch. f. Pap I, p. 63); la seconda compare a preferenza nell'epoca romana. Tuttavia, come quella, così questa non può punto riallacciarsi alla nomina dell'erede del diritto romano, essendo manifesto che anche qui essa non vale se non in quanto è la mera indicazione della persona che dovrà raccogliere i beni. Non può dunque qui parlarsi d'*institutio heredis*, perchè nomina d'erede nel senso romano non v' ha. Nel qual concetto, messo nitidamente in evidenza dal Bonfante, conviene del resto esplicitamente l'autore (*Bull.* cit., p. 181), sebbene se ne discosti poi per molti altri punti, che qui debbo tralasciare.

La designazione dell'erede, di colui cioè che è chiamato a raccogliere i beni del defunto, è costantemente fatta col termine κληρονόμος. Ciò costituisce una ulteriore prova, che è fondata la congettura da me avanzata tempo fa (*Bull. dell'Ist.* XIV, 1901, p, 103 sgg.) circa l'origine del tipico trinomio κληρονόμοι καὶ διάδοχοι καὶ διακάτοχοι, che si osserva nel linguaggio giuridico più tardo, sopratutto in quello dei bizantini.

L'autore (p. 66, n. 3) afferma non essere in alcun modo giustificata dai papiri greco-egizi l'opinione da me erpressa, che esso si riattacchi ad una distinzione del diritto greco; ed obbietta che solo in epoca tardissima la distinzione appare. Il che ripete nel suo citato studio sul testamento militare (*Bull.* cit., p. 181, n. 6), dove tenta pur di dare una dimostrazione al suo assunto. Ma debbo confessare di non esserne punto rimasto persuaso.

Io aveva affermato cha quell' aggruppamento, divenuto ad un certo momento usuale negli atti giuridici e forse, come tutti i for-

mulari notarili e curialeschi, non più compreso nella sua intima significazinne, ma adoperato ormai metodicamente e quasi inconsciamente come tante altre formule cautelari, non poteva aver la sua spiegazione che in una netta distinzione tra il valor di κληρονόμος e quello di διάδοχος. Ora a ciò corrisponde il fatto che in nessun testo greco e in nessuno dei papiri fin qui pervenutici l'erede testamentario si trova mai indicato col nome di διάδοχος.

Ciò non toglie che κληρονόμος possa essersi adoperato anche per designare l'erede legittimo; e forse in un momento primitivo sarà pur stato universale l'uso di κληρονόμος e κληρονομία per indicare in genere il successore e la successione mortis causa. Ma è pur certo che allorquando sorge, ad esprimere questo rapporto, anche l'altro termine, questo rimane esclusivo per la successione ab intestato, e κληρονόμος diventa il termine prevalente per l'erede testamentario. Cosicchè, quando κληρονόμος venga a porsi in una sola frase accanto a διάδοχος prima, a διάδοχος e a δακάτοχος poi, la sua specifica designazione di 'erede testamentario' non è effetto soltanto della giustaposizione a quegli altri termini. Spostiamo pure, se così piace all'autore, il momento in cui la distinzione si fissa, e poniamolo quanto più giù egli voglia; la diversità di valore non può certo assegnarsi soltanto all'epoca bizantina, la quale non fa che riceverla e adottarla nei suoi formulari; essa le rimane sempre anteriore, se è vero che διάδοχος e διαδοχή anche innanzi designano esclusivamente la successione legittima e che viceversa giammai nei testamenti dei papiri greco-egizi l'erede nominato è detto altrimenti che κληρονόμος.

Gli stessi testi che l'autore adduce nel suo secondo studio ne sono, se non m'inganno, una prova. O vorrà forse ammettersi che termini diversi sorgano senza la spinta di un particolare bisogno, ad accrescere inutilmente il vocabolario giuridico, il quale, come presso i Romani, così presso i Greci ha esigenze di rigore tecnico, come rigorosamente precisati sono i concetti che vi corrispondono? Ad una tal conclusione mi par che pervenga l'autore stesso quando afferma (p. 182) che l'uso delle parole διάδοχος e διαδοχή « può benissimo spiegarsi senza ricorrere ad una diversa concezione della posizione degli eredi legittimi e testamentari; tanto è varia, sopratutto nel linguaggio giu-ridico greco, la fortuna delle parole ». La spiegazione nuova e diversa, che pur si avrebbe diritto di attendere dopo questa osservazione, non è data!

Un argomento validissimo invece a favor di quanto io scrissi è pôrto anche dalla caratteristica locuzione di BGU. III, 907, l. 13, che il Bonfante (art. cit., p. 254, n. 3) ha già additato: κατὰ τὴν διαδοχὴν κληρόνομος. L'erede legittimo è chiamato sì κληρονόμος, ma κατὰ τὴν διαδοχήν; il che mostra che κληρονόμος può pure avere un' accezione generica, ma a specificarla per la successione legittima occorre un'adiezione che questa ricordi; non occorre nulla per la sua significazione normale di erede testamentario. Non s' incontra mai infatti la locuzione κατὰ τὴν διαθήκην κληρονόμος (s' intende, in senso assoluto, non relativo), come non esiste la reciproca κατὰ τὴν διαδήκην διάδοχος.

Ai documenti ch' io aveva allora citati si può aggiungere ora l'atto di vendita Str. V. 1404 (*Arch. f. Pap.* III, p 415 sgg.), l. 48 sgg.: καὶ τοῖς [σοῖς] κληρονόμοις καὶ διαδόχοις καὶ δ[ιακατό]χοις τὴν προειρημέ(νην) δούλην (cfr. Preisigke, ib., p. 420, n. 1), e Grenf. I, 60, dove alla l. 37 è da leggersi piuttosto secondo il supplemento suggerito dal Naber (*Arch. f. Pap.* III, p. 13), che riconosce nella clausola greca la fonte della latina 'heredes vel successores vel bonorum possessores': ἐγὼ ἡ πεπρακυῖα [ἢ οἱ κληρονόμοι ἢ οἱ διάδοχοι ἢ ο]ἱ διακάτοχοι (v. anche l. 46: διαδόχοις καὶ διακατόχοις). Cfr. Müller, *Arch. f. Pap.* I, p· 438, n. 4.

Meno antitetiche, rispetto alla designazione dell'erede, sono tra i due diritti le disposizioni a titolo particolare, se pur così possono chiamarsi nel testamento greco le assegnazioni di beni che non sono congiunte ad una chiamata di κληρονόμος. A distinguerle da quelle universali non soccorre talora (cioè nei casi in cui non v' ha designazione d'erede) che la quantità dei beni lasciati all'onorato, perocchè tanto nella istituzione dell'erede quanto nei legati la formula rimane identica: καταλείπω, δίδωμι, συνχωρῶ ἔχειν. Tuttavia la distinzione stessa non è necessaria, nè devesi dire che sia erede colui cui viene lasciata la somma dei diritti del defunto, legatari quelli cui sono attribuiti singoli beni. Dal momento che il testamento greco è mera disposizione di beni, che possono consumarsi anche in singole distribuzioni, senza che occorra designazione di erede, quando l'erede manchi non è necessario supporre investito di tale qualità chi n' è onorato in misura più larga.

È questo, insieme con altri, un punto importantissimo d' indagine, sul quale l'autore non si sofferma forse quanto esso meritava per la risoluzione del problema fondamentale sopra accennato. Egli distin-

gue, come ho detto, i testamenti a tipo ellenico da quelli a tipo romano; ed illustrando dei primi le singole clausole, non omette opportuni richiami e raffronti con le norme di diritto romano. Il raffronto ha per solito soltanto valore di comparazione; ma talora esso porta frutti più sostanziali e disvela qua influenze superficiali del diritto imperiale sulle leggi locali, là veri e propri infiltramenti di concetti e d'istituti nuovi, con profonde trasfigurazioni di quelli del diritto greco-egizio. Ma il punto ch'è di somma importanza per giudicare se l'atto testamentario sia prettamente ispirato al diritto locale o abbia schietto carattere romano, è precisamente quello che si riferisce alle disposizioni particolari dei beni; perocchè quando qualsiasi designazione di erede manchi e tutte le disposizioni del testatore sien dirette esclusivamente a distribuire tra più persone il suo patrimonio, allora può dirsi d'aversi il criterio più sicuro per escludere qualsiasi rapporto tra un tale atto e il testamento romano e qualsiasi influenza di concetti romani.

In tutti gli altri casi, pur quando la intonazione dell'atto lo riveli senz'altro di tipo ellenico, resta tuttavia sempre aperta la indagine alla ricerca di eventuali elementi romanistici. E le influenze non mancarono, sebbene sia spesso difficile colpirle. Un esempio l'autore ne trova nella sostituzione pupillare di cui sembragli siavi traccia in BGU. III, 896: di fronte al diritto ellenico, nel quale il fine proprio della sostituzione pupillare raggiungevasi con altri mezzi, par tutta dovuta alla influenza del diritto romano la disposizione con cui Sarapion dà un erede alla sua figlia minore Eraclea da lui nominata erede.

Ed ha parimenti spiccate reminiscenze di diritto romano la clausola testamentaria contenente la conferma di codicilli futuri, che si legge in Oxy. III, 494, l. 25 e che si riproduce integralmente in Oxy. III, 495, l. 13: 'tutto ciò ch'io scriverò in aggiunta alla copia officiale (ἐκδόσιμον) del testamento, o cancellando o supplendo o lasciando ad altri o qualunque altra cosa disponendo, tutto dovrà esser valido siccome fosse scritto nel presente testamento'. A ragione l'autore ricorda la corrispondente clausola del testamento di C. Longino Castore. L'età piuttosto avanzata dei due testamenti (a. 156 e 181-189 d. C.) autorizza il sospetto che siavi un qualche elemento di diritto imperiale e fa pensare legittimamente ai testi romani, tra i quali la

c. 6 de codic. 6. 36. Il termine ἐκδόσιμον, che Grenfell e Hunt interpretano per 'copia officiale', induce a ritenere che il testatore, per aggiungere i codicilli, si rivolgesse all'officio in cui il testamento era stato depositato chiedendone la restituzione, analogamente a quanto praticavasi per la revoca.

Ma viceversa non sono da ricondursi alla diseredazione romana quelle clausole con cui il testatore dichiara di non voler che altri, fuor degli onorati, riceva alcunchè delle sue sostanze, sebbene sia ragionevole pensare ad una diseredazione di eredi legittimi. Un esempio caratteristico se ne ha in Oxy. III, 490, l. 7: ἄλλῳ] δὲ οὐδενὶ οὐδεν τῶν ἐμ[ῶν καταλείπω; identica è la clausola in Oxy. III, 492, l. 10. Nè alla romana *manumissio per testamentum* è da riallacciare la liberazione che di cinque suoi schiavi fa Akousilaos in Oxy. III, 494, non tanto per la invocazione della sanzione di numi greci, quanto per l'assenza di qualsiasi accenno alla non esistenza degl'impedimenti relativi all'età: accenno che non manca in altri papiri di manumissioni romane. Del pari non sembra che siano da attribuirsi origini romane alla *datio tutoris* di cui si ha esempio in Oxy. III. 491 e, come credo anch'io, in P. Petr. I, 11. Al qual proposito non vedo fondato il dubbio dell'autore circa la disposizione di Oxy. III, 491, con cui ai due figli minori del testatore son dati per tutore il loro fratello maggiore e l'avo materno. I due tutori son dati certo congiuntamente ai due minori, non uno a ciascuno di essi. Ad escludere questa seconda interpretazione della disposizione basta il tenore stesso della clausola del testamento, che lascierebbe altrimenti la più grande incertezza sulla persona del tutore che, tra i due nominati, si sarebbe designato per ciascun figlio; ed è certo che il meno accorto dei testatori l'avrebbe evitata. La ragione dell'aver dato due tutori pare anzi qui evidente, come osserva il Weiss (*Arch. f. Pap.* IV, p. 75): l'età troppo giovanile del fratello maggiore induce il testatore ad aggregargli il proprio suocero. Altri esempi di più tutori dati congiuntamente s'hanno del resto nei papiri: così in Magd. 13, l. 3 e in Oxy. IV, 716, dove a tre figli di due letti risultano dati tre tutori, che il Weiss (non so peraltro fondandosi su qual elemento dell'atto) suppone dati in guisa che pei figli di ciascun letto s'abbiano due tutori ed uno dei tre tutori sia comune a tutti (ib.. p. 76).

Dubbio per contro mi sembra il rapporto tra le legislazioni per

quanto riflette le multe, che vengono comminate contro chiunque degli onorati o dei terzi estranei impugnerà o tenterà d'attaccare la volontà del testatore. Esse sono nei testamenti, assai più che in materia contrattuale, comunissime e quasi costanti, specie in quelli del periodo romano e contengono sempre o quasi oltre la multa da pagarsi all'erede o all'onorato, anche una multa fiscale, da versarsi all'erario e pari nell'ammontare alla prima. Ora se tra questa multa e quella che più tardi troviamo nel periodo postgiustinianeo v'ha un qualche rapporto, tanto intimo forse da doversi pensare d uno svolgimento delle forme più tarde da quelle primitive e più antiche, non sembra che tutto il periodo intermedio ed il diritto imperiale stesso abbian potuto rimanere estranei al processo di evoluzione. Ma l'argomento richiede più larga disamina e non può venir trattato qui. Cfr. del resto sulle multe nel diritto postbizantino il Brassloff, *Savigny-Stiftung*, XXV, pp. 302-306 e quanto l'autore stesso osserva a proposito di quella del testamento di Abraham (p. 295 sgg.).

Questi ed altri punti, in cui il problema circa i rapporti tra il diritto greco-egizio ed il romano con insistenza si affaccia, sono più o men largamente, ma sempre con lodevole perspicacia e con profonda conoscenza del vasto materiale papirologico, trattati nel libro dell'Arangio. Il quale del testamento greco in Egitto ha studiato accuratamente - dopo una sobria esposizione delle norme che regolavano la testamentifazione attiva e passiva con particolare riguardo alle donne, ai minori, agl'infermi di mente, agli stranieri, nonchè alle limitazioni della facoltà di testare (successione necessaria dei figli al padre, quota di riserva delle figlie, limiti rispetto ai figli nati da ἄγραφος γάμος) e a quelle della facoltà di ricevere (stranieri, schiavi, incapaci, indegni) - in distinti capitoli il contenuto, le forme, la revoca e il procedimento per l'apertura.

Pel contenuto, egli illustra successivamente e sempre sulla base dei documenti nuovi, la designazione dell'erede, le disposizioni particolari aventi carattere di legato, i fedecommessi e le sostituzioni volgari e pupillari, il carattere delle disposizioni relative all'onere dei debiti ereditari e dei legati, le condizioni e i modi opposti a questi e alla istituzione d'erede; e tra le disposizioni non patrimoniali, le manumissioni, la nomina di tutori, quella degli esecutori testamentari e le multe comminate contro i violatori della volontà del defunto.

Quanto alle forme, opportunamente mette in rilievo come la redazione dei testamenti dovesse essere affidata ad officiali pubblici, sovraintendenti o funzionari dell'archivio in cui essi erano poi consegnati e registrati, piuttosto che agli stessi privati; e l'ufficio era l'ἀγορανομεῖον o μνημονεῖον, poichè per l'autore questi due termini, pur indicando in un momento più antico due offici diversi, l'uno per la redazione (μνημονεῖον), l'altro per la registrazione e conservazione (ἀγορανομεῖον), finirono per designar da ultimo (nel II sec. d. C.) un unico officio; del che egli troverebbe prove per Arsinoe in BGU. I, 177, per Oxyrhyncoi in Oxy. III, 483 (τῶι ἀγορανόμωι ὄντι δὲ καὶ μνήμονι – τοῖς τῆς μητροπόλεως ἀγορανόμοις οὖσι καὶ μνήμοσι), se non è più vero, come anch'io col Mitteis ritengo, che si tratti sempre di offici distinti. Ma accanto a questo testamento che è pubblico (si noti che di *testamento pubblico* si parla esplicitamente ad es. in Oxy. I, 106 e 107), non manca quello ch'è tutto scritto di mano del testatore (Oxy. III, 494): si tratta qui forse di una forma di *testamentum mysticum*? L'autore pone il dubbio, ma non lo risolve.

Per quanto concerne l'intervento dei testimoni all'atto, e le sottoscrizioni loro e del testatore, è da osservar che circa la sottoscrizione del testatore nulla di nuovo c'insegnano i documenti testamentari di fronte a ciò che già sapevasi intorno alla sottoscrizione delle parti nei contratti. Ma in ordine ai testimoni, risulta che pur intervenendo essi all'atto, la sottoscrizione loro diventa regola generale solo nell'epoca romana. Il qual fatto può aver forse importanza non lieve per stabilire ulteriori rapporti tra il diritto locale e l'imperiale, di fronte alla circostanza che i testamenti dell'epoca tolemaica non l'hanno e che ancor qualcuno dell'epoca romana non la presenta. Invece l'essere il numero dei testi costantemente di sei (anche in BGU. I, 86 i testimoni sono sei e non sette, come erroneamente aveva ritenuto il Dareste), è indice sicuro che qui influenze reciproche non si esercitarono dai due diritti, essendo costantemente di sette (o di cinque) il numero dei testi nella pratica romana

E pure in qualche relazione vanno ancor messe le regole che da alcuni papiri possono desumersi fissate nel diritto greco-egizio intorno al procedimento per l'apertura dei testamenti, con quelle dettate dal diritto romano. A parte la speciale competenza in materia dello stratego (esercitante del resto la sua funzione per delegazione

del prefetto) e la diversità dell'officio in cui l'apertura doveva compiersi, uno stretto rapporto par che ci sia tra le regole osservate dal diritto greco-egizio circa la presenza dei testimoni, la constatazione della integrità dei suggelli, la riapposizione di questi ed altre formalità, e le solennità che nel basso Impero vediamo adottate dai Romani. Il raffronto col diritto imperiale, che più oltre l'autore istituisce pei testamenti romani, potrebbe esser forse non privo d'interesse per quelli a tipo ellenico.

Sta in fatto che per i testamenti romani ll luogo d'apertura era la *statio* della *vicesima hereditatum*, era invece l'ἀγορανομεῖον pei testamenti greco-egizi. Ma l'autorità investita del potere per ordinare l'apertura e per conoscere delle controversie cui questa eventualmente dava luogo, era identica per gli uni e per gli altri, lo stratego. Ora questa unità della magistratura non poteva evidentemente rimaner senza influenza notevole per quanto attiene alle norme circa la confezione, la sottoscrizione, la sigillazione dei testamenti; i suoi pronunciati, in crdine alle solennità da adempiersi e all'osservanza di quelle norme, di mano in mano che la fusione dei due elementi si fece più intensa, dovettero venir formando una giurisprudenza uniforme, che non potè non contribuire efficacemente alla fusione delle regole e da ultimo alla unificazione dei due sistemi.

Il quarto argomento preso in esame è. come dicevo, quello della revoca delle disposizioni testamentarie. La questione, posta in tesi astratta e generale, è senza dubbio facile a risolversi; anzi si può dir che non esista. Non può parlarsi certo di irrevocabilità di fronte alle esplicite e costanti dichiarazioni dei testatori di volersi riservata la facoltà di mutare le prime disposizioni (μεταδιατίθεσθαι), di aggiungervi, di modificare e di revocare (καὶ πρὸς ἀκύρωσιν ἄγειν τήνδε τὴν διαθήκην). I testamenti plurimi di Dryton e d'altri attestano infatti che la revoca, oltre che possibile, era anche di fatto attuata. Dove di irrevocabilità si parla, vuol dire (in via generale) che siamo in presenza di atti di donazione; così è vera e propria donazione l'assegnazione di beni contenuta in BGU. III, 993, in cui appunto manca ogni riserva circa la facoltà di revoca; ed è per contro revocabile quella di BGU. I, 86 che è un vero testamento e in cui perciò è logico integrare, come l'autore propone (p. 171, n. 3) e come pure a me pare, il nome del testatore, non quello della moglie legataria, nel passo in

cui è enunciata la riserva di revoca. Ed è strano, a tal proposito, che l'autore abbia attribuito a me un qualche dubbio su tal punto (p. 152, n. 1), mentre nel mio scritto da lui citato (*Bull.* XV, p. 239) io escludeva qualsiasi concetto d'irrevocabilità sulla base appunto di alcuni speciali atti, che più dei testamenti (o meglio invece dei testamenti) possono dar luogo alla questione.

Ma essa esiste, ed è grave, rispetto a talune particolari forme di disposizione a causa di morte, quali sono le συγγραφοδιαθῆκαι e i testamenti congiuntivi. Di questi ultimi un esempio interessante è pôrto da Oxy. III, 493 (II sec. d. Cr.), contenente la reciproca chiamata in erede di due coniugi. Senonchè, le lacune che lo travagliano non permettono purtroppo di stabilire se i due testatori si fossero riservato o meno, e con quali modalità e sotto quali condizioni, il diritto di revoca.

Sicchè per questa specie il quesito rimane insoluto.

Elementi per risolverlo non mancano invece rispetto alla c. d. συγγραφοδιαθῆκαι, quella forma singolare di disposizione congiunta al contratto matrimoniale, che l'autore senz'alcun fondamento m'accusa d'aver confuso col testamento vero e proprio. La soluzione io indicai già allora, trattando di volo l'argomento; ed è nel senso della revocabilità. Nel che concordano i risultati degli studi specifici dell'autore. Che la συγγραφοδιαθήκη non sia un testamento vero e proprio, non è dubbio. Ma che essa sia a questo da ricongiungersi io aveva affermato, e l'autore riconosce, vedendovi 'una speciale applicazione delle forme del testamento per ὁμολογία, che ad esso si avvicina non solo nella forma, ma anche, almeno in parte, nella origine' (p. 193). Trattasi, com'è noto, di disposizioni che son collegate al contratto di matrimonio, in quanto o i coniugi nel redigere le tavole nuziali ne prendono occasione per disporre dei loro beni a favor dei figli pel tempo post mortem, ovvero in occasione delle nozze dei loro figli i genitori dell'uno e dell'altro sposo, o alcuno soltanto di essi (normalmente la madre), o anche ascendenti o persin terzi estranei intervengono al contratto matrimoniale e fanno disposizioni patrimoniali in favore di colui che va a nozze. Queste disposizioni a favor dei contraenti il matrimonio potevano peraltro aver duplice forma, sostanzialmente diversa: chè o costituivano attribuzione di diritti con efficacia immediata ed attuale e quindi atti inter vivos, donazioni

vere e proprie; ovvero assegnazioni fatte pel tempo dopo la morte e quindi atti mortis causa.

Ora - tralasciando il caso delle assegnazioni con efficacia attuale ed immediata (e son queste o costituzioni di dote o donazioni che si fanno in occasione del matrimonio), per le quali la irrevocabilità è data dalla natura stessa dell'atto - tutte le altre disposizioni, in quanto fatte mortis causa, sono sempre revocabili, sieno esse disposizioni dei coniugi a favor della propria discendenza, siano disposizioni di genitori o d'estranei a favor dei contraenti le nozze. Per queste ultime la clausola con cui i disponenti si riservano la facoltà di alienare, ipotecare, vendere i loro beni, è la più chiara consacrazione del diritto di revoca; e gli è perciò che, quando si tratta di donazioni tra vivi, a renderne manifesta la irrevocabilità in contrapposto delle assegnazioni mortis causa, il donante lo dichiara esplicitamente (ἀπὸ τοῦ νῦν ἀναφαιρετὸν). I documenti stessi d'altronde dànno esempio di effettive revoche, come risulta dal confronto delle difformi disposizioni di Satabous in BGU. I, 251 e 183 (cfr. *Bull.* cit., pp 238-239).

Ciò ammette e riconosce l'autore per le disposizioni dei genitori o di estranei a favor dei contraenti il matrimonio; disposizioni che hanno tutti i caratteri e i requisiti delle testamentarie, da quello dell'essser fatte pel tempo dopo la morte a quello della piena revocabilità. Nel che conviene tanto l'autore, che egli stesso non esita a riconoscere in esse un vero e proprio testamento (p. 217), applicazione di una primitiva *divisio parentum inter liberos* e derivazione dal diritto indigeno.

Dubbioso invece si mostra circa l'altra specie di συγγραφοδιαθήκη, in cui sono i coniugi stessi che contraendo le nozze distribuiscono tra i figli il loro patrimonio, sopratutto pel carattere congiuntivo che esse rivestono. Ma i dubbi poi quasi abbandona, decidendosi per la irrevocabilità, sul fondamento di Oxy. IV, 713, contenente una richiesta ai βιβλιοφύλακες perchè sia annotata sui registri censuari una quota di proprietà spettante ad un figlio sui beni della madre. In verità il documento, ch'è certo di singolare importanza, non presenta, a mio avviso, elementi sicuri per inferirne che il diritto, di cui il figlio chiede la παράθεσις sui libri della βιβλιοθήκη, in tanto a lui competa in quanto le disposizioni a favor dei figli contenute nella συγγραφοδιαθήκη dei genitori siano state considerate irrevocabili. Perocchè è sempre aperto

l'adito alla congettura, che quel terzo dei beni materni gli competa siccome rappresentativo dei beni che il padre aveva a lui assegnati e che, appunto per la morte del padre, eran divenuti un' assegnazione omai irrevocabile. Nè deve rimaner senza peso l'accenno alla disposizione dei genitori, di cui è detto ch'era stata fatta ἀναφαιρέτως. Tuttavia i dubbi non sono infondati. Forse nuovi elementi si potranno trarre da un importante documento della collezione di Strasburgo, che recentemente il Wilcken ha pubblicato (*Arch. f. Pap.* IV, p. 130 sgg.) e sul quale mi riservo di tornar di proposito in altra occasione.

L'ultima parte del volume è dedicata allo studio dei testamenti romani e di quegli altri, che appartenendo al tempo posteriore alla cost. antonina presentano più incalzante il problema circa la reciproca influenza dei due diritti. Vi si riproduce innanzi tutto il testamento di C. Longino Castore, per la cui illustrazione l'autore fa tesoro in particolare dei commenti dello Scialoja (*Bull.* VII, p. 1 sgg.; IV, p. 236 sgg.) sia per quanto riflette le singole disposizioni sia per quanto concerne la procedura d'apertura. Egli aggiunge nuovi argomenti per dimostrare, che nella disposizione codicillare 'ἐποίησα ἐπίτροπον' l'ἐπίτροπος non ha altro significato che quello di *tutor*, dovendosi necessariamente scartare in un testamento romano il significato di esecutore testamentario; ma poichè il *tutor mulierum* è normalmente reso con φροντιστής nei documenti contemporanei, a spiegar l'uso qui fatto del termine ἐπίτροπος invece di φροντιστής, non resta a suo avviso che pensare ad una distrazione del νομικός traduttore, il quale avrebbe fatto ricorso ad un termine meno usato.

Seguono a questo due non meno importanti: il noto processo verbale relativo ad una controversia sorta per l'apertura di un testamento (BGU. I, 361), e del celebre pap. Catt. il processo verbale contenuto nella col. IV. Dal primo, di cui tutta la fine è perduta, non è purtroppo possibile trarre quel profitto per la conoscenza del diritto romano in Egitto, che esso avrebbe dato se non ci fosse giunto con sì profonde mutilazioni. L'autore nel darne il commento tocca la questione circa la necessità o meno della presenza dei testimoni alle operazioni di apertura e respinge l'opinione del Dareste, che la sottrazione di cose ereditarie, commessa dalla schiava del testatore con la complicità d'un altro schiavo, rendesse necessario soprassedere all'apertura.

Circa il secondo (che è riprodotto sull' ultima revisione del testo fatta da Grenfell ed Hunt *Arch. f. Pap.* III, p. 57 sgg.), egli accetta l'opinione, che ai soldati delle legioni romane non fosse fatto un divieto assoluto di matrimonio, ma soltanto inibito di convivere con la moglie, sotto pena di dichiarazione d' illegittimità dei figli nati durante il servizio militare; e giustifica la decisione del prefetto Lupo che dichiara valida la istituzione d'erede del figlio nato essendo il padre sotto le armi, col ricordare i privilegi del testamento militare, che consentiva la nomina in eredi anche di persone prive della testamentifazione passiva.

Si rammentano da ultimo: *BGU.*, I, 327, contenente la domanda d'una donna probabilmente greca pel pagamento d'un legato lasciatole dal veterano C. Fabricio Macro, che l'erede (il veterano C. Longino Castore) si è rifiutato di pagare, perchè con tutta verosimiglianza manca alla legataria, come straniera, la capacità di ricevere; *BGU.*, II, 613, che non presenta notevoli elementi d' indagine; e *BGU.*, II, 600, un frammento gravemente mutilato, in cui il Wilcken ha ravvisato un testamento e l'autore vedrebbe invece un atto di riconoscimento da parte di una erede di obblighi impostile dal testatore. Lo stato frammentario del papiro è sì grave da non consentire deduzioni sicure. Certo è ingegnosa la ricostruzione che del suo contenuto tenta l'autore. Ma io dubito che si possa accettarla, non essendo fondata su dati di fatto del documento. Dei quali, se uno ve n' ha che sembra abbastanza sicuro per inferirne la sua natura di testamento, è la sottoscrizione dei sette testimoni: essa è troppo caratteristica dei testamenti, nè io so che i papiri offrano altro esempio d'un atto di riconoscimento di obblighi o di dichiarazione di pagamento, in cui si abbia l' intervento dei sette tipici testimoni. Autrice dell'atto è Eraclea; e che l'atto sia un testamento potrebbe esser confermato anche dalla integrazione che, più di quella proposta, mi sembra probabile alla l. 6: ἀκαλο[ύθως τήνδε] δι[αθήκην].

Di fronte a questi che son propriamente romani, presentano solo tracce più o meno profonde d' influenza romana altri testamenti posteriori. Così è di tipo greco-egizio quello contenuto in P. Ran. 1702, in cui però sono ricordi del diritto imperiale. Molto più accentuata, anzi decisiva è l' influenza di questo nel test. di Aurelio Kollouthos (il testo in *Bull.*, XIV, p. 288 sgg.); non è solo romana la clausola

della diseredazione (οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἀποκληρόνομοί μο(ι) ἔσθωσαν), ma altresì quella di istituzione d'erede (κληρονόμος μου ἔσθω ἡ... γαμετὴ) che corrisponde bene all'*heres esto*, sebbene ciò non sembri all' autore; com'è romana la formula relativa al dolo, (δόλος φθόνος πονηρὸς ἀπίτω ἀπέστω) che giustamente l' A , correggendo una mia prima erronea interpretazione, riconduce alla latina *dolus malus abito abesto.*

Probabile è anche la congettura circa il rapporto tra la sottoscrizione del testatore e la l. 21 pr. C. 6. 23 che prescrisse appunto la sottoscrizione del testatore: che Aurelio Kollouthos abbia sottoscritto in ottemperanza a quella costituzione e non piuttosto seguendo la consuetudine antichissima locale lo induce a ritener l'accenno a quella θεῖα διάταξις di cui è altrimenti difficile spiegare la ragione della invocazione.

Similmente influenze evidentissime del diritto romano, anzi del giustinianeo, si manifestano nel test. di Abraham (Pap. Lond., I, 77), ove si hanno solo cinque testi (alle fonti citate può aggiungersi anche la Nov. Valent. 21 [20], 1. 4), e in quello conservato in Grenf. I, 62, ove è notevole il richiamo alle prescrizioni della Nov. 1 di Giustiniano nel punto in cui il testatore minaccia all' erede la perdita di quanto gli ha lasciato, s'egli si renderà inadempiente nella soddisfazione dei legati: la forma con la quale il richiamo è fatto induce l'autore a ritenere che soltanto con la emanazione della Novella siasi sancito a carico dell'erede anche la decadenza dalla quarta falcidia, che il diritto precedente non gli toglieva.

Tutto ciò prova - così conchiude l'autore - che nei primi due secoli dell' impero i due diritti, il romano e il greco-egizio, si mantennero abbastanza separati, applicandosi l'uno ai romani, l'altro agli indigeni, nè forse nella lotta l'uno prevalse sull'altro. Conferita con cost. antonina la cittadinanza a tutti i soggetti dell' impero, si potrebbe pensare che le forme del diritto locale siano senz'altro scomparse Risulta, al contrario, che l'elemento provinciale resistè a lungo, e solo molto tardi e lentamente la trasformazione si operò. Vi si infiltrarono da prima a poco a poco varie clausole tipiche del testamento romano; si modificò lo stile; e si finì poi col mutare la forma stessa del testamento, che da notarile e pubblico divenne privato, di guisa che non più si vedono intervenire all' atto i funzionari degli offici.

Con questo lento trasformarsi dell'istituto è collegata strettamente anche un'altra questione, quella della lingua. Tutti i testamenti (salvo qualcuno che, come quello di C Longino, fu scritto in latino e voltato in greco nel verbale d'apertura) sono redatti in greco. E qui sorge il quesito circa la validità loro di fronte al diritto imperiale per l'uso fattovi di una lingua straniera, data la nullità comminata dal diritto classico alle disposizioni non redatte in latino.

L'autore, toccando dell'argomento, formula una congettura nuova, sospintovi dal passo, purtroppo lacunoso, del Pap. 1702 di Vienna: 'ἑλληνικοῖς ἀκολούθως τῇ θείᾳ [... Integrando θείᾳ [χάριτι oppure θείᾳ [διατάξει e considerando che il testamento appartiene all'a. 235, l'autore vede qui fatta allusione ad una costituzione che avrebbe autorizzato gli abitanti d' Egitto a scrivere in greco i loro atti d'ultima volontà, e che dal testatore veniva appunto ricordata con la monca frase conservata nel papiro. Questa costituzione dovrebbe attribuirsi, con ogni probabilità, ad Alessandro Severo, restando peranco insoluto il dubbio se essa siasi riferita all' Egitto soltanto, ovvero a tutto l'Oriente ellenico E con essa sarebbesi quindi ben per tempo ovviato legislativamente al grave inconveniente di dover, per la rigorosa norma proibitiva del diritto romano, dichiarar nulli tutti i testamenti non redatti in latino.

A tale congettura si presta senza dubbio la Nov. Theod. 16. 8: 'Illud etiam huic legi perspicimus inserendum, ut *quoniam graece iam testari concessum est*' et rel.; perocchè la concessione di testare in greco, cui Teodosio si richiama per giustificare l'ammissione ch'egli fa della lingua greca anche pei legati e per la nomina dei tutori e le manumissioni dirette, non emanò da Teodosio stesso (come a torto ritennero alcuni: cfr. oltre i citati anche il Glück, *Pand.*, 34, p. 397), ma dai suoi predecessori: la formula stessa impersonale '*concessum est*' ne è una prova.

Le difficoltà della materia non sono però evitate del tutto, e l'autore ne conviene. Se con Alessandro Severo si concede validità a disposizioni testamentarie diverse dai fedecommessi, pei quali la libertà di redigerli non solo in greco ma in qualunque altro idioma era stata riconosciuta da un pezzo (l. 11 pr. D. 32), il problema resta semplicemente spostato, perocchè di fronte al divieto che pei legati con parole pressochè identiche ricordano Ulpiano (Fr. 25, 9) e Gaio

(II, 281) stanno i molteplici testamenti greci che giureconsulti anteriori o contemporanei prendono in esame e dichiarano validi, senza punto mostrare di preoccuparsi di quella regola.

Vero è che una gran parte delle clausole testamentarie greche che i giureconsulti riproducono nei Digesti appartengono indubbiamente a codicilli e contengono disposizioni fidecommissarie. Son tali quelle di cui fa cenno Scevola nei fr 101 pr. D. 32, 37 § 5 D. eod., 14 D. 33. 4, 30 § 1 D. 34. 4, 88 § 15 D. 31); ma è pur certo che in altri passi dello stesso Scevola siamo di fronte a veri testamenti e ad istituzioni di erede redatte in greco. È ciò esplicito nel fr. 30 § 3 D. 34 4; è intuitivo in tutti i restanti fr., dove sebbene si riportino clausole che o son dette espressamente codicillari o si debbono ritener per tali, si accenna pure alla istituzione d'erede ed al testamento, e non è supponibile che per questi siasi usato un idioma diverso: fr. 14 D. 33. 4 [Theopompus *testamento facto* ... *instituit heredes* et codicillis ita cavit]; 37 § 6 D. 32 [Titia... *testamento facto* manu sua ita cavit... quaero, an haec pecunia... ab heredibus Titiae exigi possit]; 60 D. 40. 4 [*Testamento* ita cavit]; 88 § 15 D 31 [*Instituto filio herede et ex eo nepotibus emancipatis* testator ita cavit]; 41 § 4 D. 40. 5 [*sorore sua herede instituta* de servis ita cavit]. Nè apparisce che sia fatta con codicilli la datio tutoris di cui si ricorda la clausola in fr. 47 pr. D. 26. 7; come pur non par dubbio che si tratti di una institutio in greco nel fr. 30 § 1 D. 34. 4 [Titio testamento Seiam libertam... ex parte duodecima heredem instituerat] e che non a tal causa debba attribuirsi il non aver potuto la liberta conseguir la quota ereditaria. Dubbi veramente rimangono solo i testamenti di cui ai fr. 16 § 1 D. 34 1 e 23 § 2. D. 33. 8

Parimenti, se di codicillo si tratta nel fr. di Modestino 34 § 7 D. 31 e fidecommissaria è detta la disposizione di cui in l. 34 § 1 D. 31, ad un testamento vero e proprio si accenna nella clausola ricordata dello stesso Modestino in fr. 4 pr. D. 34. 1. Pel secondo dei due testi suindicati e pel testamento pur esso greco, di cui in fr. 76 (74) pr. D. 36. 1, l'A. pensa ch'essi potrebbero interpretarsi siccome conformi alla nuova norma sancita da Alessandro Severo, la quale sarebbe stata nota agli autori dei fr., mentre non lo era ad Ulpiano, che poteva quindi ancor ripetere l'antico divicto. Ma per tutti gli altri testamenti greci di cui Scevola con tanta frequenza ricorda le clausole, la congettura

non suffraga. Dovrà dunque ritenersi che tutti questi testamenti siansi considerati, per ammetterne la validità, come codicilli, e fedecommessi le istituzioni?

Credo anch' io col Ferrini (*Pand.*, p. 754, n. 3) che in ciò non si possa consentire. Ed è istruttivo a tal proposito il fr. 76 (74) pr. di Paolo, di cui la clausola greca riportata è appartenente ad un testamento redatto di certo tutto in greco. La clausola contiene il divieto fatto alla figlia di testare prima che le sia nata prole, allo scopo evidente, sebbene non manifestato, di far passare, nel caso ch'essa muoia senza figli, la sua quota d'eredità all'altro figlio maschio del testatore. La pronuncia che è emessa dall' imperatore e riferita da Paolo, doversi cioè tale disposizione interpretare come un fidecommesso ('sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere', cfr. l. 77 § 24 D. 31), prova indirettamente che sul resto delle disposizioni, e in particolare sulla istituzione, non sollevavansi dubbi, nè sentivasi la necessità per salvarle di considerarle siccome fidecommissarie.

È nota la spiegazione proposta dal Mitteis, doversi cioè supporre che dopo la const. antonina siasi usata grande larghezza e tolleranza nei paesi in cui non era possibile esigere l'osservanza della lingua latina. Ma come si spiega, d'altro canto, l' intervento legislativo degl' imperatori, che così tardi si decidono ad accordar validità ai testamenti greci? La stessa cost. di Teodosio, che solo nel 439 s' induce a conceder valore ai legati alle nomine dei tutori e alle manumissioni dirette, dimostrerebbe che senza una speciale autorizzazione sovrana non potevansi riconoscer validi gli atti testamentari concepiti in altra lingua.

Dal momento che una semplice tolleranza era stata sufficiente, nè la disposizione cui Teodosio si richiama, nè quella da lui emanata avevano gran che ragion d'essere: la pratica di più secoli, data la tacita convalidazione, doveva aver fatto cessare anche il bisogno di intervenire legislativamente. Ed è poi da parlarsi di mera tolleranza e concepire affidata all' incerto e mutabile criterio di un atto di tolleranza questa tra le più gelose facoltà, qual' è quella di poter disporre dei propri beni dopo la morte?

A me sembra che, a conciliar questi fatti, si debba alla costituzione di Teodosio e alle prescrizioni da lui ricordate attribuire un

senso ed una intenzione diversa da quella che a prima giunta apparisce; e piuttosto che di mera tolleranza debba parlarsi di vero e proprio riconoscimento della facoltà di giovarsi della lingua straniera.

Nei territori delle provincie in cui parlavasi greco, come del resto per tutte le altre provincie ad idioma non latino, non dovè mai esser disconosciuta nè messa in dubbio, pur dopo la cost. antonina, la validità degli atti compilati nella lingua locale, tuttochè ormai tutti gli abitanti dell' Impero fossero cittadini. Come prima, così anche dopo quella costituzione - che non produsse certo in pratica tutti gli effetti suoi e per gran parte lasciò le cose com'erano, - restaron pur sempre nettamente separati i paesi d'occidente, e sopratutto gli abitanti dei paesi latini, dagli altri sudditi dell' Impero; e continuarono a sussistere per quelli le norme rigorose del ius civile, che inibiva l'uso d'altre formule e d'altra lingua che la latina, per questi la facoltà naturale di redigere nella lingua loro gli atti, pur soggetti ad essere giudicati secondo le norme del diritto imperiale. Ora quelle prescrizioni imperiali, nel conceder l'uso d'una lingua diversa, senza che s' incorresse nella nullità dell'atto, non vogliono già considerarsi emanate esclusivamente per gli abitanti delle provincie greco-loquenti, pei quali sarebbero venute troppo tardi, ma per tutti i sudditi dell' impero, con questa particolare intenzione che fosse consentito di testare in greco anche a quelli, come i Romani, cui non ostava alcun impedimento, usando della lingua latina, ad osservar le regole del diritto civile. È vero che la cost. di Teodosio e Valentiniano è emanata in contemplazione delle *barbarae gentes* (cfr. Nov. 16 pr.); ma ciò ch'essi non dicono espressamente, è detto da Giustiniano nel riprodurre il testo della costituzione, l. 21 § 6 C. 6. 23: 'Illud etiam huic legi perspeximus inserendum, ut etiam Graece *omnibus* liceat testari' (cfr. per le altre parti della cost l. 14 C. 7. 2 e 8 C. 5. 28).

Ben si spiega, in tal modo, che solo nel 439 i due imperatori s' inducano ad allargar la concessione fatta da un loro predecessore, ammettendo la validità dei legati, dazioni di tutore e manumissioni dirette, per le quali più a lungo era rimasto in vita il divieto, dopo che l'uso del greco aveva dilagato. E si spiega altresì come presso Gaio o Ulpiano continui a rimanere scritta la proibizione, che vale tuttora pei Romani, mentre altri giureconsulti riconoscono valide le disposizioni greche. In questo stesso senso deve intendersi ciò che

Ulpiano medesimo scrive per la formula dell'acceptilatio, quando afferma che possa farsi in greco 'dummodo sic fiat ut latinis verbis solet' (fr. 8 § 4 D. 46. 4). — Notevoli ora alcuni atti dei papiri Lipsiensi: n. 29, ov'è riprodotto il test. d'una donna che dichiara di testare χωρὶς κυρίου τέκνων δικαίῳ κατὰ τὰ Ῥωμαίων ἔθη; n. 9, in cui si fa cenno di un test. del quale è detto: καθ' ἣ ἔθετο ῥωμαικὴν διαθήκην; e pur ῥωμαικὴ διαθήκη è chiamato il test. di cui al n. 10: ἐπὶ κληρονόμοις ἀφ' ἧς ἀπέλειπεν διαθήκης ῥωμαικῆς.

Nell'esporre così per sommi capi il contenuto dell'opera dell'Arangio, io non ho accennato, s'intende, che ai punti fondamentali delle sue ricerche: molti altri ho dovuto tralasciare per non dilungarmi troppo. Ma il cenno è sufficiente a mostrare i molti pregi che il libro ha per gli studi papirologici: esso costituisce un'ottima raccolta di tutto il materiale che sino al 1904 ci avevano fornito i papiri sulla successione testamentaria nell' Egitto greco-romano; e mentre rivela nel suo autore un valoroso papirologo (del che dobbiamo esser lieti noi che ne scarseggiamo), può ben dirsi che rappresenti nella letteratura papirologica il primo lavoro organico sull'argomento. L'elaborazione che vi è fatta di tutto il materiale delle nuove fonti, la perspicacia con cui queste sono messe in raffronto con le romane e le bizantine, e le soluzioni che vengono proposte per più d'uno dei problemi storico-giuridici cui dà luogo il conflitto delle legislazioni nella provincia greco-egizia, meritano lode al suo autore.

R. de Ruggiero.

The Hibeh Papyri. B. P. Grenfell - A. S. Hunt. — London, 1906. Parte I, pp. xiv-410 (with ten plates).

Questo nuovo volume pubblicato dal « Egypt Exploration Fund » esibisce i papiri trovati nel 1902 nella necropoli di El Hibeh, parte in seguito a scavi, parte in seguito ad acquisti. La distribuzione del materiale, che appartiene tutto all'epoca tolemaica, è la solita seguita dagli editori nelle altre loro pubblicazioni; alle quali questa nuova, com'era da aspettarsi, non è inferiore per ricchezza erudita di note

esplicative, sicurezza d'interpretazione dei documenti, finezza di senso ricostruttivo.

Ai nuovi frammenti classici (1-18) e ai frammenti di classici già noti (19-26) segue un '*calendar for the Saite nome*' di massima importanza, dal quale, oltre una larga introduzione degli editori, traggono origine l'appendice I^a^ '*The Macedonian and Egyptian Calendars*' (pp. 332-358); l'appendice II^a^ '*The systemes of dating by the years of the king*' (pp. 358-367); a cui segue una terza appendice su '*The Eponymous Priesthoods from B. C. 301-221*' (pp. 367-376). I documenti giuridico-amministrativi, seppure appartengano a un periodo anteriore alla dominazione romana, interessano nondimeno, sotto il rispetto storico, il romanista, in quanto rappresentano il diritto greco-egizio nella sua vita reale prima dell' influenza che il diritto romano potè esercitare come diritto di dominatori, onde ne deriva la possibilità di riconoscere, con adeguati studi comparativi, il diritto greco-egizio non solo come soggetto a modificazioni, ma, quando sia possibile, anche come elemento modificatore di ulteriore sviluppo giuridico.

Però devesi dir subito che non sono molti i documenti i quali presentano interesse giuridico; perchè una parte riguarda pura e semplice corrispondenza d' indole ufficiale o privata (nn. 39-83), altri contengono ricevute (97-109.); altri presentano, nelle solite forme, già note, contratti di locazione di fondi (nn. 90, 91), di mutuo (nn. 88, 89 ...) in forma di συγγραφαί con dazione della solita πρᾶξις; conti (nn. 110-121).

Il n. 28 (265 a. C. circa) conserva frammenti di un editto regio regolante la costituzione politica di una città greca dell'Egitto (Alessandria, Tolemaide? Gli editori a favore della prima adducono il fatto che essa è conosciuta da Ps. Callistene I. 32 come divisa in cinque regioni numerate dall' α all' ε, alle quali divisioni si connetterebbero le cinque tribù menzionate nel papiro): a ll. 14 e 17 ricorda la φρατρία come una suddivisione della tribù greco-egizia: ciò ch' è una novità non essendovi di essa menzione neppure in Tebt. 316 che descrive le formalità per l' incorporazione degli efebi nei demi.

Il n. 29 dà notizia di una tassa generale su la proprietà degli schiavi - ignota, prima d'ora, per questo antico periodo - i quali debbono essere registrati dai proprietari nell' ufficio degli agoranomi, con la comminazione di penalità per mancata denunzia. Siccome a in-

dicare lo schiavo è usato ἀνδράποδον, che in senso proprio significa schiavo di guerra, ne riceve indiretta ma efficace conferma l' ipotesi degli editori che l'ordinanza fosse richiesta dall' incremento considerevole della classe servile in seguito ad una delle guerre di Filadelfo, al cui regno piuttosto cne a quello di Evergete deve assegnarsi l'età del papiro.

Il n. 34 (243-242 a. C.) presenta una petizione al re Tolomeo Evergete da parte di Antigono, il quale annuncia e deplora che Patron ἀρχιφυλακίτης gli abbia impedito di esercitare il proprio ufficio.

Gli editori, opportunamente avvicinando a questo il n. 73, ricostruiscono il caso nel seguente modo: Callidromo ha ottenuto illegale possesso di un giumento appartenente a certo Dorione: e ad Antigono è stato ordinato da Dorione ἐπαστάτης di costringere Callidromo o a restituir l'animale al suo padrone o a pagarne il prezzo. Nè l'una nè l'altra cosa forse non potendo ottenere da Callidromo, lo chiuse nella prigione di Sinaru, esercitando la πρᾶξις ἐκ τοῦ σώματος κατὰ τὸ διάγραμμα. Ma Patron è intervenuto ed ha non solo liberato Callidromo dalla prigione, ma ha preso egli stesso possesso del giumento. Onde il ricorso all'autorità regia.

In sè il caso, come tale, nulla presenta di particolarmente interessante: ma se ne rileva una notizia di qualche valore storico. Già era nota da Amh. 43 (173 a. C.) la clausola contenente la πρᾶξις κατὰ τὸ διάγραμμα (καὶ τοὺς νόμους); esisteva quindi, come notò, a suo tempo, il Wenger (*Archiv für Papyrusforschung* II, 53), all' epoca dei Tolomei, un vero e proprio ordinamento per legge dell'esecuzione personale. Soltanto, per ciò che riguarda la data di essa legge, la osservazione del Wenger: ' möglich auch das Datum dieser Gesetze dem unserer Urkunde (173 a. C.) nicht ferne steht ', osservazione alla quale egli stesso aggiungeva del resto 'aber sicheres lässt sich natürlich nicht sagen ', va modificata in base alle date dei documenti attuali, che dimostrano esser la legge concedente la πρᾶξις assai più antica.

Siccome, a prestar fede alla notizia tramandata da Diodoro Siculo I. 79, nel diritto indigeno egizio Boccoride già nel sec. VIII a. C. aveva abolita l'esecuzione personale; dacchè questa si trova già in uso sotto i Tolomei del III secolo a C. ed è un istituto normale nei diritti greci (cfr. Mitteis, *Reichsrecht u. Volksrecht*, 466), non sembra ar-

dito il supporre che essa fosse ripristinata con l'avvento al potere della dinastia dei Lagidi.

Di più la interpretazione dei due documenti può anche risolvere o avviare a risolvere, con qualche probabilità, alcun problema che si connetta col modo onde la πρᾶξις ἐκ τοῦ σώματος, stipulata in un contratto, veniva esercitata dall'avente diritto. Invero si può porre questa alternativa: o il creditore, che possegga un titolo esecutivo, per essa clausola è autorizzato a procedere all'esecuzione sulla persona privatim, senza intervento di funzionari; oppure deve ricorrere all'opera del funzionario e quindi il suo diritto è ridotto a una domanda di procedimento in esecuzione. Io penso che il n. 73 risolva la questione in favore della seconda alternativa. Infatti, Antigono un φυλακίτης dichiara di aver ricevuto per iscritto ordine da Dorione ἐπιστάτης di indurre Callidromo a restituire il giumento o a pagarne il valore, e insomma a procedere contro la sua persona (l. 1-3: ' ἔ[γραψας περὶ Καλλιδρόμου ὥ[στε ἔ]τι καὶ νῦν ἐπαν[αγκᾶσαι αὐτὸν τὸν ὄνον ἀποδοῦν[αι ἢ τι] μὴν αὐτῶι (cfr. ead. lin. 3 del n. 34)...' l. 6: ἐγὼ οὖν ἡσυχῆι μὲν κα[τὰ τὴ]ν γραφεῖσάν μ[οι ὑπὸ σοῦ ἐπιστολὴν ἀπήγαγον [τὸν] Κα[λλίδ]ρομον ε[ἰς τὸ δεσμωτήριον τὸν ἐν Σινάρυ...).

Risulterebbe da ciò che all'esecuzione si procedeva con l'intervento di un funzionario. Non è dato affermare quale fosse il rapporto intercedente fra Callidromo tenuto a restituire il giumento e Dorione che doveva riceverlo come suo, se cioè Callidromo fosse tenuto alla restituzione in base a un contratto, o in base a un possesso illegittimo derivante da altra causa Ad ogni modo l'intervento di un funzionario non può dubitarsi: quindi è a credersi che lo avente diritto richiedesse l'esecuzione al magistrato competente che ne curava la effettuazione.

I nn. 92 (263-262 a. C.) e 93 (250 circa a. C.), garanzie di comparizione in giudizio, interessano per la notizia che se ne rileva della esistenza già fin nel III sec. a. C. di norme processuali, che si riscontrano anche nel periodo imperiale, con spiccate caratteristiche di somiglianza con istituti romani.

La dichiarazione di garanzia nel n. 92 è nei termini seguenti: l. 9 segg.: ' ἔγγυοι Τιμοκλέους τοῦ Σίμου Θραικὸς τῆς ἐπιγονῆς Μνάσων Σιμ[ου] Θρᾶιξ τῆς ἐπιγονῆς Ἡγέ[μων...]ιμου Κρ[ή]ς τῆς ἐπιγονῆς ἐφ' ὧι παρ[αδ]ώσ[ονται αὐ]τόν ἐν [Ἡρακ]λέους πόλει ἐπὶ τοῦ [σ]τ[ρ]ατηγ[ο]ῦ ἕως

γνώσεως περὶ τῆς δίκης ἧς ⟨ἐγ⟩ ἐνεγύησην αὐτὸν Ἀπολλώνιος κατὰ συνγρα-[φὴ]ν πρὸς τὸ ἀρχαῖον δραχμὰς τριακοσίας καὶ τόκον δραχμὰς ἑκατόν. ἐὰν δὲ μὴ παραδῶνται κατὰ τὰ γεγραμμένα ἀποτεισάτωσαν τάς τε τρι[α]κοσ[ί]ας δραχμὰς καὶ τὰ ἐπιδέκατα κ[α]ὶ τ[ὰ] γινόμενα, καὶ ἡ πρᾶξις ἔ[σ]τω [Ἀπο]λ-λων[ίωι ἢ ἄλλω: τῶν [Κρ]ισίππου [ἢ το]ῦ πράκτο[ρ]ος ὑπερητῶν κατὰ τὸ [διά-γραμ]μα '.

Di simili esempi, anteriori alla dominazione romana il P. Brit. Mus. 220, II, male interpretato dall'editore, meglio dal Wilcken (*Archiv*, I, 135) non offriva assoluta certezza d' interpretazione e sembra piuttosto riferirsi a un caso in cui il garante si obbliga a ripresentare entro un termine stabilito alla prigione il debitore che v'era stato rinchiuso: un altro Tebt. 156 (91 a. C.), già segnalato dal Wenger (*Archiv*, II, 512), probabilmente riguardava una obbligazione che avea condotto all'esecuzione contro il debitore: la ἐγγύη v'era, sembra, prestata nello stadio d'esecuzione. Il Wenger, che ha discusso a fondo i documenti contenenti παραστάσεις o fid. iud. sist. caus. fact. d'età romana ed ha riconosciuto in esse ' vindexartige Verpflichtungen ', non ha pensato di dover modificare le sue vedute sui caratteri di similarità (e tanto meno le illazioni geniali) che presentano con le obbligazioni assunte dal vindex secondo la prima costruzione del Lenel, dopo il rinvenimento di Tebt. 156 cit ; e ciò neppur dopo che a spiegare diversamente i papiri da lui illustrati era sorto il Brassloff.

Ma a parte la giustezza delle osservazioni di quest'ultimo scrittore (cfr. in questo *Bull.* An. XVII, pag. 300[1]) non mi sembra che le opinioni dell'acuto romanista di Graz, possano esser scosse da questo Hib. 92: tanto più che in esso, benchè la prestazione della garanzia di comparizione avvenga nello stadio istruttorio, come sembra, l'obbligo degli ἔγγυοι è assunto, contrariamente a quanto avviene nel periodo romano e a quanto è anche in Tebt 136, di fronte all'attore non di fronte al giudice Ciò può servire a dimostrare che se il diritto processuale tolemaico ha conosciuto le fideiussiones iud. sist caus. nel periodo introduttivo del procedimento, e se le dissomiglianze con i documenti d'età romana (vindexart. Verpflickt. del Wenger) sono tali da indur l'opinione che il diritto dei dominatori abbia agito sul diritto greco-egizio trasformandolo secondo le proprie tendenze, d'altra parte le similarità bene si spiegano, come ha avvertito lo stesso Wenger, con la ' natürliche Vereinigung und Verschmelzung der Institute '.

I nn. 94 (258-257 a C) e 95 (256-255 a. C.) son prestazioni di ἐγγύαι εἰς ἔκτεισιν per assuntori d'imposte. Essi possono aggiungersi ai documenti che altra volta ebbi ad esaminare o richiamare studiando i caratteri della fideiussione nel diritto greco-egizio [1]).

Il n. 96 (259-258 a. C.) è una caratteristica σύγγραφή tra due persone che rinunziano a qualsiasi pretesa ed azione in rispetto all'oggetto di una loro precedente contesa sotto la comminazione di una penale: l. 5 segg. 'ὁμολογοῦσιν διαλελύσθαι πρὸς ἀλλήλους πάν[τα τὰ ἐγκλήματα περὶ ὧν ἐνεκάλεσαν ἀλλή]λοις τῶν ἐπάνω χρόνων, μὴ ἐ[ξέ]σ[τω] δὲ Ἀνδρωνίκωι [ἐπελθεῖν ἐπ' Ἀλέξανδρον μεδ' Ἀλεξάνδρωι ἐ]π' Ἀνδρόνικον...' l. 10 'ἐὰ[ν] δὲ ἐπέλθηι ὁπό[τ]ερος..... ἐπὶ τὸν ἕτε[ρον ἢ τ' ἔφοδος τῶι ἐπιπορευομένωι ἄκυρος...] τ. ἔστ[ω,ἐ] κτεισάτω [δ' ὁ ἐπί]πορευόμεν[ο]ς ὧι ἐὰν ἐπέλθηι .....'.

L'atto di rinuncia è classificato dalle stesse parti συγγραφὴ ἀποστασίου. Il che arreca lume sovra il significato di ἀποστάσιον: anteriormente era già noto, secondo l'asserzione del Wilcken (*Archiv*, II, 143), che la συγγ. ἀποστασίου non era se non il documento o contratto contenente la dichiarazione della traditio della cosa venduta, mentre πρᾶσις stava a indicare la ricevuta del prezzo di vendita (cfr. anche P. Grenf. II, 25. 26. 28 30). Con il presente documento che non scuote la distinzione del Wilcken, dimostrasi che la συγ. ἀπ. non era atto propriamente ristretto ai negozi di compra-vendita, ma concernente la rinunzia di qualsiasi diritto ed azione.

G. Bortolucci.

[1]) Cfr. *Bull.* cit., pag. 286 segg.

APPUNTI BIBLIOGRAFICI

Vocabularium iurisprudentiae romanae iussu Instituti Savigniani compositum. Tomus II, fasc. I (dactyliotheca - doceo) conscripsit Eduardus Grupe. - Berolini, typis G. Reimeri, 1906, p. 320. M. 8,20. — La direzione dell' Istituto Savigniano, e sopra tutto Bernardo Kübler, che del grande vocabolario berlinese è l'anima, hanno dunque accolto il voto, che tutti i romanisti avevan formulato fin dal primo apparire delle prime pagine di quest'opera, il voto ch'essa potesse presto pubblicarsi tutta ed esser messa con sollecitudine a disposizione degli studiosi, specialmente per coloro che non sono in grado di consultare direttamente, per la parte ancora inedita, lo schedario preparato dall'Istituto.

Il più recente indirizzo degli studi critici romanistici riposa, per molta parte, sopra lo studio accurato e minuto della terminologia e del linguaggio adoperato dai vari giureconsulti; e la critica del testo, accoppiata alla indagine filologica, s'è grandemente giovata di questo nuovo mezzo d' indagine, che è l'esame largo e diffuso delle varie accezioni che hanno i termini giuridici, del vario modo d'esprimersi dei singoli scrittori, delle caratteristiche proprie della lingua adoperata nei successivi periodi di svolgimento della giurisprudenza, per colpirne le differenze di sostanza e scoprire le alterazioni del pensiero dei classici, sia per opera dei posteriori commentatori ed annotatori, sia per opera dei bizantini. Ma siffatte indagini male, o quanto meno con troppo disagio e consumo di tempo, si istituiscono coi soli sussidi che possono esser dati dagli ottimi ma vecchi ed incompletissimi indici e manuali del Dirksen, del Brissonio, dell' Heumann e d'altri: e ognun di noi sa per prova quante volte accade di dovervi rinunziare, quando il tempo non consente di riprender da capo, per una minuta questione di secondaria importanza, la lettura integrale di tutte le fonti classiche.

Ora l'Istituto Savigniano ha con lodevolissimo pensiero provveduto a che la pubblicazione proceda spedita, in guisa da poter presto essere offerto completo agli studiosi questo indispensabile strumento d' indagine. Un avviso, premesso al fascicolo I del 2° tomo, annuncia che questo sarà

proseguito (fino alla lettera *G*) dal Grupe, e che la compilazione del terzo (da *H* ad *M*) resta affidata all'Hesky, quella del quarto (da *N* a *Q*) al Brassloff, quella del quinto (da *R* a *Z*) al Volkmar, il tutto sotto la guida e direzione sapiente del Kûbler.

In tal modo i vari volumi potranno venire contemporaneamente man mano alla luce e tutta la grande opera potrà, mercè questa saggia distribuzione del lavoro, in breve tempo aversi completa. Ciò non è detto in verità nell'annuncio; ma è da sperare che così sia, se sopratutto si pensi alle molte cure che a tale opera ha fin qui dedicato e dedicherà ancora per l'avvenire il Kübler.

Il presente fascicolo contiene tutta la prima parte della lett. *d* fino alla parola *doceo*. Sono tra le più lunghe le voci *de, debeo, debitor, decedo, deduco, defendo, deinde, denique, dico, dies, do.* Ed il sistema di compilazione e distribuzione del materiale è, ben s'intende, identico a quello seguito nei fascicoli precedenti. Ugual cura v'è stata posta nel rendere il più che possibile corretto il testo; ma, s'io non m'inganno, qui sono un po' più frequenti gli errori di citazione. La qual cosa è perdonabile, certo, in un'opera che procede tutta per via di numeri e che rende quindi estremamente penosa e la composizione tipografica e la revisione, ma è da augurarsi che le sviste siano nei venturi fascicoli meno frequenti, perchè il lavoro non perda il pregio grandissimo che vuole e deve avere.

Ho saggiato qua e là le citazioni, e a prescindere dalle scorrezioni per le quali è inserito in fine del fascicolo un apposito *errata-corrige*, ho riscontrato queste altre: Alla voce *depono*, colonna 175, linea 48, è registrato un testo di Africano, 758, *41, 42*, che non esiste, nè ho potuto ritrovar quello che per iscambio è indicato con tale citazione. Sotto la stessa parola, col. 176, linea 14, la citazione Paul. V, 25, 10, deve leggersi V, 26, 9; alla linea 19 la citazione Ulp. 553, 28 deve leggersi 558, *28*, e parimenti alla linea 28 Paul. 459, 13 deve andar corretto in 459, *13*. Alla col. 179 sotto la voce *depositum*, linea 27, il passo citato Paul. (751, *16*) è evidentemente segnato invece di Paul. (737, *16*) Alla stessa colonna, linea 43, è indicata una doppia volta la parola *depositum* con la citazione Ulp 958, *14, 41*; ma non esiste che la prima e deve quindi sopprimersi il numero *41*.

E. S. Bekker. *Ueber Anfang und Ende des* 'in iure' - Verfahrens in römisch. Formularprozess: *ius dicere - litem contestari* (Estr. dalla *Zeitschr. d. Sav.-Stiftung*, XVII, Rom. Abt, p. 45) — Notevoli i risultati, che pel processo formulare romano e, più propriamente, per la relativa terminologia delle fonti, contiene questo forte articolo del Bekker. I punti ch'egli qui tocca sono quasi tutti i più importanti e insieme i più discussi o controversi

della dottrina processuale, alcuni sfiorati appena, altri accennati più o meno brevemente. Ma ciò a cui è precipuamente diretta l'indagine si è la terminologia che si riferisce all'inizio e alla fine del primo stadio, vale a dire del procedimento in iure. I termini, che indicano la fine di questo, sono, afferma il Bekker, rispettivamente '*ius dicere*' e '*litem contestari*'. 'Ius dicere' è precisamente aprire il procedimento, ed esprime un atto del magistrato, sostanzialmente diverso dal 'iudicium dare', (o 'iudicem recuperatorem dare') e dal 'iudicare iubere' consistente nell'ammettere le parti a proporre la loro domanda, indipendentemente da quel che in un ulteriore momento egli potrà decidere in ordine all'accoglimento o meno dell'azione. Perocchè il magistrato può in alcuni casi 'ius dicere', autorizzar cioè la trattazione della causa, e provveder poi negativamente sul 'iudicium dare', rifiutando il giudizio; e in altri casi invece negare l'apertura stessa del processo, come quando ad es. si tratti di persone soggette alla sua giurisdizione o di giorni non destinati alla trattazione delle cause e così via. In questi ultimi si avrebbe una specie particolare di denegatio actionis, diversa naturalmente da quella denegatio che consiste nel rifiuto della datio iudicii. E quanto al 'iudicare iubere' è pur possibile che, quando di una determinata azione sia da disposizione di legge vietata in determinate circostanze la concessione, il processo si svolga ugualmente, ma resti poi affidato al giudice, invece che di condannare, di assolvere tutte le volte che egli abbia a convincersi della esistenza di quelle circostanze ch'erano state dedotte in un'apposita exceptio. 'Litem contestari' indica invece la chiusura del procedimento in iure. Esso è un atto delle parti « il cui scopo consiste nel fissare che la 'res' è 'acta', 'in iudicium deducta', che le parti sono strettamente legate ormai a questo processo e che ogni altra azione è esclusa ». Che se originariamente consistè in una invocazione dei testimoni, che ambedue i contendenti facevano, in prosieguo, e nel processo formulare in particolar modo è una dichiarazione dell'attore, cui il convenuto annuisce (le fonti, dice il B, parlano sempre dell'attore che 'contestatur litem', non mai del convenuto che faccia ciò), la quale fa sì che le parti restino da questo momento soggette alla potestà del magistrato e vincolate quindi al iudicium datum. Tutte le oporazioni del procedimento in iure debbono pertanto necessariamente cadere tra questi due momenti estremi di esso, che sono il ius dicere e il litem contestari, e quindi anche la iudicis recuperatorumve datio e la datio iudicii. Questa regola non si modifica che dopo la lex Pinaria; soltanto dopo di questa si verifica la possibilità che il giudice sia nominato quando già la litis contestatio è avvenuta. E in tal caso soltanto accade che gli atti propri dello stadio in iure non si possano considerare esauriti

con l'atto della contestatio, ma si prolunghino anche oltre questa: ma tuttavia essi hanno già, al momento in cui la contestatio si verifica, acquistata piena ed intera efficacia. [R. DE RUGGIERO.]

L. Wenger, *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri* - Teubner, Lipsia, 1906, di pag. VI-277. — L'A. si è proposto di dimostrare come nel diritto dei papiri sia ammessa la rappresentanza diretta. È un tema al quale aveva già accennato in un suo 'Vortrag' del 1903 e che ora ha recato a compimento con quell'acume e quella diligenza che gli sono proprie. La rappresentanza diretta non si lascia sorprendere in diritto romano che in pochi e specialissimi rapporti, essendo sì nel diritto classico che nel giustinianeo rimasto fermo il rigoroso principio: 'per liberos homines nulla ex causa nobis adquiri posse'. Il concetto della rappresentanza diretta non fu, pensa il Wenger col Beauchet, invece straniero al diritto greco, al quale quindi si avvicina o accomuna il diritto dei papiri, anche sotto l'impero del diritto romano. Nel quale mancava non solo il termine per designare il concetto, come ha osservato il Hupka (*Vollmacht*, 6), ma ancora, come ben nota il Wenger, fu manchevole la formazione precisa del concetto Nel diritto greco-egizio il rapporto di rappresentanza è designato con σύστασις, συνιστάναι e l'agire del rappresentante in favore e luogo del rappresentato è normalmente espresso con la particella διά; benchè il Wenger stesso non nasconda che σύστασις può anche significare soltanto mandato o conferimento di poteri.

La ricerca si svolge: 1° sui rapporti di diritto pubblico, pp. 18-109 (rappresentanza dello Stato a mezzo de' suoi organi; nelle relazioni di più organi fra loro; dei privati nei loro rapporti coi funzionari dello Stato); 2° sui rapporti processuali, pp. 122-146; 3° sui rapporti privati, pp. 157-268.

Per questa terza parte che più c'interessa, son davvero saccheggiate con largo spirito erudito e critico tutte le collezioni papirologiche; e messi a profitto tutti i documenti con ingegnose interpretazioni unicamente collegate o mosse dal fine prefisso.

Dopo un accenno magistralmente sobrio e preciso sulle dottrine del diritto romano e greco, l'A. studia: la rappresentanza diretta nelle prestazioni, sia solvendi causa (Es. CPR. I, 1, 3, 5, 24, 27; Oxy. 722, 740; BGU. 362, 386; Lond. II, 341; Fay. 122; Grenf. II, 69, ecc.), sia obligandi causa (Es. BGU 170; Oxy. 533 ecc.), poi nel commercio bancario, per volgere alla fine più sottile la disamina della rappresentanza diretta nella conclusione dei contratti, appunto perchè questa è 'die schwirigste und bestrittene Teil des ganzen Problems'. L'esame s'incardina principalmente su Oxy. 94, BGU. 91, 300; Oxy. 727 ecc.; per chiudere poi con lo studio della rappresentanza diretta nei contratti di compravendita (BGU. 710, 667, 805, 88 ecc.)

di locazione (BGU. 644; Amh. 91 ecc.). di locatio operis, di garanzia, e nei contratti conchiusi da schiavi (Oxy. 133, 135; Grenf. II, 97; documenti, questi ultimi, di tarda epoca bizantina).

Chiude l'ampia trattazione la ragion probabile del riconoscimento della rappresentanza diretta nel diritto dei papiri, ravvisata dall'A. in ciò: che mentre in Roma l'attività degli schiavi era regola, in Egitto, pochi essendo gli schiavi, la loro attività aveva un'importanza e uno sviluppo secondari rispetto a quello dei liberi, onde si può dire che 'in Rom vertritt der Sklave den Hernn in Aegypten der freie Vertreter'.

Conclusione che, s'è arguta, può lasciar dubbiosi; nè pure si può dire che da qualche dei documenti prodotti, esca indubitabile e chiara la prova della rappresentanza diretta nella conclusione dei contratti. Invero non si hanno dati precisi sulle azioni nei rapporti di rappresentanza, che pure darebbero, unici, la riprova se si tratti nei singoli casi di rappresentanza diretta o indiretta. Così pure, a proposito di BGU. 300, l'osservazione del Hupka (*Haftung d. Vertr. ohne Vertr.-macht.* 10 Anm.) che la espressione ἐκ τοῦ ἐμοῦ ὀνόματος non abbia che un significato incolore come il romano 'meo nomine' (vedi anche questo *Bull.*, a. XVII, pag. 282), contro quanto aveva già altra volta opinato il Wenger stesso che lo ritenne decisivo per la dimostrazione della rappresentanza diretta, non par vinta dall'osservazione che ora l'A. fa, dopo aver prodotta una ricca serie di casi in cui essa espressione è incolore, che cioè, se così è in molti casi, non è certo che in ogni singolo caso il significato ne sia sempre così giuridicamente irrilevante.

Ma queste osservazioni lasciano intatto il valore del libro del Wenger, che apparirà pur sempre come un notevolissimo contributo per la conoscenza della vita giuridica nel mondo ellenistico del tempo dei διάδοχοι e sotto l'impero romano. [G. Bortolucci.]

Ernst Levy. *Sponsio, fidepromissio, fideiussio - Einige Grundfragen zum röm. Burgschaftsrechte* - Berlin (Verlag. F. Valhen) 1907, p. I-IV, 226. — La storia e la teoria della sponsio, della fidepromissio e della fideiussio, nonostante gli studi fino adesso compiuti, presenta tuttora non poche difficoltà e incertezze dipendenti da cause diverse, ma specialmente dalla larga interpolazione dei testi e dalla complessa costruzione giuridica di tali istituti.

Assai opportunamente quindi il dott, Levy ha dedicato la sua attività allo studio di quest'ardua materia e più precisamente alla trattazione di alcune questioni fondamentali ad essa relative, portando alla loro soluzione un contributo assai notevole, perchè credo possa dirsi senza riserve che que sto del Levy è un libro lungamente pensato, condotto con buon metodo e accuratissimo, sia per quanto concerne lo stu-

dio e la lingua delle fonti, sia per quanto concerne la bibliografia. Non essendo possibile in questi rapidi appunti esaminare partitamente il contenuto dell'opera, nè discutere le conclusioni, alle quali giunge l'A., ci limiteremo a indicare quali questioni trovansi in essa trattate L'opera consta di una introduzione diretta a stabilire, in base alla terminologia delle fonti, che con la parola fideiussor, a differenza di quanto si verifica per lo sponsor e il fidepromissor, non s'indica mai il debitore principale. Seguono due lunghi capitoli, l'uno relativo alla sponsio (p. 29-116), l'altro relativo alla fideiussio (p. 117-220). Per quanto concerne la sponsio l'autore esamina se dal punto di vista del diritto vi fosse in origine differenza tra l'obbligazione assunta dallo sponsor, quand'è debitore principale, e quella dello sponsor quand'è semplicemente un garante. Viene poi ad esaminare le ragioni che giustificano il principio dell'intrasmissibilità della sponsio Tenta quindi di determinare il tempo delle leggi Appuleia, Furia, Publilia e Cicereia e l'importanza delle innovazioni con queste leggi introdotte. Dà infine uno sguardo all'ulteriore svolgimento della sponsio sino al suo scomparire. Il secondo capitolo, riservato alla fideiussio, s'inizia con lo studio delle sue origini: ad esso segue l'esame delle ragioni che determinarono il sorgere e le formazione della fideiussio.

Il libro termina con un'ampia trattazione relativa al beneficium divisionis e al beneficium cedendarum actionum.

Fritz Litten. *Römisches Recht und Pandekten - Recht in Forschung und Unterricht.* - (Verlag von F. Vahlen, Berlin, 1907, pag. 79. — L'autore qui riproduce con alcuni ampliamenti una dissertazione tenuta in Halle all'Unione accademica delle scienze giuridiche e politiche. Lo scritto, benchè rivolto principalmente agli studenti, contiene osservazioni utili anche per gl'insegnanti, perchè l'A. si è proposto di dimostrare sia i vantaggi e l'interesse che lo studio del diritto comune presenta tuttora, nonostante la promulgazione del Codice civile per l'Impero Germanico, sia anche il metodo che si ha da seguire in tale insegnamento. La dimostrazione dell'A. si aggira su due punti fondamentali; egli mette in luce da una parte l'alta funzione scientifica e pratica di tale studio, e dall'altra i caratteri propri che il diritto romano è venuto assumendo per la varia elaborazione subìta dal tempo della recezione in Germania sino alla codificazione.

Naturalmente le osservazioni fatte dall'A. valgono principalmente per i tedeschi; ma il libro sarà letto con profitto anche dai nostri romanisti e civilisti, se non fosse altro perchè non può dubitarsi che lo studio del diritto comune ha anche per noi una grande importanza scientifica e pratica, e sarebbe bene cessasse l'imme-

ritato oblio, in cui esso viene lasciato dalla grande maggioranza dei cultori del diritto. Su tutto ciò, che del resto costituisce la parte fondamentale dello scritto del Litten, io credo dunque che tutti saranno d'accordo con lui; ma non so quanti potranno invece esser d'accordo con lui nel giudicare, come egli fa, di problematico valore per la scuola la ricostruzione e lo studio dal diritto romano classico.

Silvio Perozzi. *Istituzioni di diritto romano* - Firenze, G. Barbèra, 1906, vol. I, p. IX-577. — Il Perozzi, ben noto agli studiosi di diritto romano per i suoi geniali e importanti lavori, si è proposto in quest'opera di « fare - così egli scrive nella prefazione - un'esposizione piana, lucida, intera delle nostre cognizioni storiche e dogmatiche in materia, seguendo la tradizione nel tipo e nell'ordine della trattazione e l'opinione comune nelle singole teorie, salvo in quei punti dove a far ciò gli paresse di ripetere manifesti errori ». La intera opera consterà di due volumi; per ora è stato pubblicato il primo, ma l'autore avverte che il secondo è già compiuto nel manoscritto e vedrà la luce nell'anno corrente.

Questo primo volume comprende i primi quattro libri. Il primo contiene un'ampia introduzione (p. 1-125) in cui si danno: 1° delle nozioni generali sul diritto romano; 2° delle nozioni storiche sulla formazione e sullo sviluppo dello Stato romano, sulla sua costituzione, sulle fasi di sviluppo del diritto privato romano, sulle fonti e sulla legislazione giustinianea; 3° delle nozioni dogmatiche sul diritto e sulla manifestazione di volontà Il libro II tratta del diritto delle persone (p. 126-361) ed è ripartito in quattro capitoli: l'uno sulle persone in generale, il secondo sui servi, il terzo sulla famiglia e il quarto sulla cittadinanza. Il III libro comprende la trattazione della teoria delle cose e dei diritti reali sulle cose (p. 362-528) ed è diviso in otto capitoli, il primo dei quali illustra il concetto di cosa, la distinzione tra le cose e il concetto di diritto reale; il secondo il concetto, lo sviluppo, le specie e i limiti della proprietà; il terzo l'acquisto e la perdita del dominio, le azioni e cautele a sua difesa e il condominio; il quarto le servitù; il quinto i diritti personali su cosa altrui; il sesto il diritto di superficie e d'enfiteusi; il settimo i diritti di pegno e di ipoteca. Il IV libro è dedicato al possesso.

Anche una rapida lettura di questo libro rivela chiaramente che l'A., mentre dichiara d'esser voluto rimanere nei limiti di una trattazione elementare e d'aver seguito in generale, l'opinione comune, ha in realtà scritto un'opera profonda per dottrina e sopratutto notevole per la sua grande originalità. Quella che espone il Perozzi non è la solita dottrina romana, che, spesso con poche ed insignificanti variazioni, viene tramandata di manuale in manuale; è invece la dottrina romana,

quale egli ha potuto intenderla e ricostruirla nelle sue linee generali e nel suo svolgimento storico mercè uno studio assiduo e profondo delle fonti. È appunto questo studio che permette all'A. di avere su una grande parte degli argomenti da lui trattati delle opinioni del tutto originali, che gli permette di abbandonare spesso nella trattazione le tradizioni più autorevoli e inveterate e di ricercare con acuta genialità le origini dei singoli istituti, di coglierne il significato e il valore primitivo per spiegarne la forma e il carattere che hanno assunto poi nel diritto ultimo. E alla stessa causa io credo di dover riportare anche la grande compiutezza dell'opera; una quantità di argomenti, dei quali non si trova neppure un cenno nei manuali più in uso, trovano invece in quello del Perozzi adeguata trattazione, perchè egli ha attinto la sua dottrina direttamente dalle fonti, anzichè dagli scritti altrui.

Naturalmente un libro come questo, è destinato ad essere vivamente discusso. Per quanto esso sia scritto con forma chiara ed elegante, io non so se abbia sempre quel carattere elementare che richiedesi in un libro di istituzioni. A taluno potrà sembrare che il Perozzi abbia fatto uso di soverchia libertà ed indipendenza nella trattazione di alcuni argomenti, e che talora abbia espresso idee troppo audaci. Può anche osservarsi che, nonostante le ragioni addotte dall'A., sarebbero forse state opportune maggiori indicazioni bibliografiche e sopratutto maggiori richiami alle fonti. Ma il critico più severo e più *conservatore* dovrà pur sempre riconoscere che il Perozzi ha scritto un'opera, che onora la scienza romanistica italiana.

Eugen Ehrlich. *Die Tatsachen des Gewohnheitsreckts*. - Leipzig und Wien, F. Deuticke, 1907, p. 42. — Questo scritto del chiarissimo prof. Ehrlich contiene un discorso da lui pronunziato il 2 dicembre 1906 nell' Università di Czernowitz. La trattazione, benchè non riguardi direttamente il diritto romano, ha grande importanza dal punto di vista giuridico e storico, perchè l'A. con profondità d' indagine esamina il rapporto che intercede tra diritto consuetudinario e la norma giuridica scritta e in qual modo la consuetudine divenga diritto. Questo esame permette all'A. di fare notevoli osservazioni specialmente sulla teoria dominante del diritto consuetudinario e sull' efficacia di questo nel diritto moderno.

Windscheid Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. - Neunte Auflage unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Dr. Theodor Kipp. - Frankfurt, a. M, in-8 I, pag. xx-1255; II, pag. viii-1140; III, pag. xi-911. — La classica opera del Windscheid messa dal Kipp, dopo la morte dell'autore, in relazione col codice civile dell'impero germanico, non ha bisogno d' essere presentata ai

lettori del *Bullettino* e non occorre neppure ripetere il giudizio unanime che la scienza di ogni paese ha dato di quest'opera grandiosa. Ne facciamo cenno unicamente, perchè i lettori siano informati di questa nuova edizione, che ora ha veduto la luce e che è ben lungi dall'essere una semplice ristampa. L'illustre scrittore infatti ha dato a non pochi argomenti un ulteriore e più profondo svolgimento; ha tenuto conto con la necessaria sobrietà delle nuove dottrine, che si sono venute formando nel breve intervallo corso dall'ultima edizione ed ha infine con diligentissima cura completato e messo al corrente le indicazioni bibliografiche, tenendo nel conto dovuto anche la nostra letteratura giuridica, per modo che l'opera, tra i tanti pregi, ha ancor quello di fornire agli studiosi una guida eccellente per le ulteriori ricerche.

Longo Carlo. *Note critiche a proposito della tricotomia ius naturale, gentium, civile,* (Estratto dei *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere,* serie II, vol. XL, 1907, in-8 pagine 8). — Questa breve nota contiene una critica acuta e persuasiva della tesi sostenuta dal Perozzi, che cioè solo i bizantini trasformarono la bipartizione: *ius civile* e *ius gentium* nella tripartizione: *ius civile, ius gentium* e *ius naturale.* L'A. osserva non esservi contradizione tra la l. 1 § 3 D. 9, 1, e la l. 1 § 3. 1, 1, esser poco probabile l'interpolazione della l. 1, 1, 6 pr e addirittura insostenibile quella della l 34 § l. 18, 1. Dal confronto poi tra i testi delle Pandette e quelli delle Istituzioni relativi alla tripartizione deduce che questa doveva essere necessariamente nell'opera originale del giureconsulto, dalla quale quei testi furono tratti, non potendo ammettersi che i passi delle Istituzioni derivino dalle Pandette, anzichè dall'opera originale.

Il Longo nota infine che la tripartizione appare anche contraria alla tendenza bizantina.

[A. Marchi.]

Viard Dr. Paul. *Le praes.* - Dijon, Johard, 1907, p. XII-206. — Il V. riprende in esame tutta la storia dei *praedes* e della *subsignatio praediorum,* ed offre una trattazione completa ed accurata di tutte le questioni relative all'uno e all'altro istituto. Lodevolissima appare, in ogni parte del volume, la diligenza dell'A.; il quale ha delle fonti e della letteratura conoscenza precisa, e procede nella indagine con la più scrupolosa coscienza. Fare un sunto del lavoro ed esporre le opinioni professate sui varii punti dal Viard, sarebbe impossibile: le numerosissime questioni trattate esigerebbero ciascuna lungo discorso, e d'altra parte esse sono considerate - per così dire - come isolate l'una dall'altra, mancando, per l'indole dell'opera, una tesi centrale che permetta di raggrupparle. E questo, che potrebbe parere da qualche

punto di vista un pregio, costituisce il principale difetto del lavoro; nel quale chi legge non riconosce mai la individualità dello scrittore, ma ha la impressione di trovarsi di fronte a pazienti e faticose esposizioni schematiche di discussioni altrui, susseguentisi senza connessione come in un catalogo, in guisa da non poter essere considerate con interesse. In ogni modo, il libro è da accogliere con favore: esso, mentre dà prova delle singolari attitudini dell'A alle ricerche storiche, costituisce anche un'ottima guida per lo studio degli interessantissimi istituti ai quali si riferisce, e come tale non potrà essere trascurato da quanti vorranno ancora prendere in esame i difficili problemi che vi si riconnettono.

[V. Arangio Ruiz.]

INDICE DEL VOLUME XIX

De Ruggiero Roberto — 'Depositum vel commodatum'. Contributo alla teoria delle interpolazioni . . . . . Pag. 5

Pampaloni Muzio. — Sull'oggetto del quasi usufrutto . . . 85

Longo Carlo. — Contributo alla storia della formazione delle Pandette 132

Scialoja Vittorio. — La L. 16 Dig. de cond. causa data 12,4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana . 161

Segrè Gino. — Sul deposito irregolare in diritto romano . . 197

Cicogna Giovanni. — Ancora sull'uso nel commodato . . . 235

De Ruggiero Roberto. — Ancora sulla scrittura della formula nel processo formulare romano 255

Antonio Marchi. — L'iscrizione di Aïn-el-Djemala sui saltus africani 270

Recensioni:

Vincenzo Arangio-Ruiz. — La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizi (rec. R. De Ruggiero) 275

B. P. Grenfell - A. S. Hunt. — The Hibeh Papyri (rec. G. Bortolucci) 295

Appunti bibliografici 301

Roma - Forzani e C. tipografi del Senato.

K
9
S75
anno 19

Istituto di diritto romano
"Vittorio Scialoja"
Bullettino

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY